MANUALE

DI DIRITTO ROMANO

CONTENENTE

LA TEORIA DELLE ISTITUTE

preceduto da una introduzione

ALLO STUDIO DEL DIRITTO ROMANO

[illegible]

F. MACKELDEY

MANUALE DI DIRITTO ROMANO

CONTENENTE LA TEORIA DELLE ISTITUTE

E PRECEDUTO

DA UNA INTRODUZIONE

ALLO STUDIO DEL DIRITTO ROMANO

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

DEI DD. T. P. E T. E. M.

ACCRESCIUTA D'UN RIASSUNTO

IN TAVOLE SINOTTICHE

e d'un Indice Alfabetico.

FIRENZE
A SPESE DELL' EDITORE
1851.

Utinam, qui hoc tempore jus nostrum interpretantur Papinianum imitati quae vel falso vel inepte aliquando et senserint et scripserint, ingenue retractent, nec eis contra quam postea resciverint, tam obstinato tamque obfirmato animo, uti faciunt, perseverent.

Cujacius, *in Observat. II*, 37.

Società Tipografica sulle Logge del Grano

PREFAZIONE DEL TRADUTTORE

Il *Manuale di Diritto Romano*, di cui noi diamo per la prima volta la traduzione, apparve nel 1814, col titolo di *Manuale delle Istitute di Diritto Romano moderno*. L'immenso successo ottenuto da quest'opera, apparsa appena che fu nel mondo scientifico non mai cessò d'aumentare; e nel giro di pochi anni addivennê un libro, a dir così, Europeo. Dieci edizioni successivamente fatte di pubblico dritto nel 1814, 1818, 1820, 1822, 1823, 1825, 1827, 1829, 1831 e 1833, e numerose ciascuna di più migliaja d'esemplari, vennero sparse per tutta intera l'Alemagna.

Ma la generale adozione di quest'opera non fu solo esclusiva del luogo del suo nascimento, per lo contrario più volte veniva, in parte, voltata nelle lingue straniere.

Nel 1825, l'*Introduzione* fu tradotta e pubblicata con questo titolo:

» *Introduction à l'étude du droit romain*, traduit de l'Alle» mand de F. Mackeldey, par L. Étienne, à Paris, 1825. » — Preceduta poi da un compendio enciclopedico, e seguita di un nuovo riducimento della legge delle XII Tavole e dell'Editto perpetuo, compariva per cura di L. A. Warnkoenig a Mans, 1826. Questa traduzione francese era susseguita da un'altra spagnola:

» *Introduccion el estudio del derecho Romano*, extractado de » los elementos de Mackeldey par D. L. Collantes Bustamentes, » Madrid 1829. » Con una appendice relativa all'influenza del diritto romano sulla Giurisprudenza Spagnola.

Una traduzione russa porta il titolo seguente, che in deficienza di lettere russe, non possiamo arrecar che tradotto:

» *Diritto Civile Romano*, esposto secondo Mackeldey, da
» N. Roschdestwensky, T. I., contenente un' Istoria compendiata
» e la parte generale del Diritto Civile Romano, pubblicato a
» spese di Vladimiro Andrejewitsch Moltschanow. Pietroburgo,
» tipografia di Carlo Kray, 1829. Tomo II, contenente la parte
» speciale del diritto civile romano, con dei richiami ad alcune
» leggi civili di Giustiniano, racchiuse nella seconda parte della
» *Normtschage-Kniga*. Ibid., 1830. ».

L'Autore di questa traduzione ha tralasciati e tolti via assai squarci, peculiarmente nell' *Introduzione* e nelle note, e parecchi altri ne ha surrogati, riferentisi al diritto Romano in Russia.

L'universale incontro del *Manuale* die' obbligo all' Autore di renderlo perfetto più che per lui si potesse: egli era persuaso che un Manuale, rivolto essendo sopratutto alla elementare istruzione, debba in certo qual modo tener dietro agli avanzamenti della scienza, ed accogliere i miglioramenti, di che la fan ricca le nuove ricerche dei sapienti. E sì bene avea Mackeldey sentita questa verità, che la perfezione dell'opera sua addivenne lo scopo costante, cui mirassero le sue fatiche, e che, nell'ultime edizioni specialmente, cangiò non solo il titolo del suo libro, ma adottò anche un nuovo sistema, differente da quello, che avea fino allora tenuto, e fece senno dei consigli di molti sapienti.

Io vo debitore, dic'egli, di assai miglioramenti alle critiche giudiziose del Sig. Consigliere intimo di giustizia Cavaliere Hugo (*in den Goett. gel. Anv.* 1831, n. 117), ed ai Signori Professori Buchholtc, a Roemsberg (in den *Hall. alg. Lit. Zeit.*, 1829, n. 85-87), Warnkoenig, a Gand (1) (in Schunck 's Jahrb., t. XVIII, p. 12) e A. Kriegel, a Leipsig (in den Leipz. Litt. Zeit, 1821, n. 278).

Se i profondi studj, a cui egli si consacrava, mostravangli erronee le opinioni, che per lo avanti avea palesate, non esitava un istante ad accogliere quelle da preferirsi. » L'errore che si

(1) *Oggi Professore all'Università di Friburgo nel Granducato di Bada.*

» riconosce, dic' egli, non è mai sempre un passo incontro alla
» verità? La confessione e la ritrattazione volontaria d'una falsa
» opinione non sono elleno forse il più decoroso omaggio, che si
» possa da un Autore offerire alla Scienza, e quasi, direi, a se
» stesso? imperocchè, posando sopra una più solida convinzione,
» derivan nel vero da una assai più nobile origine, che non la
» cura meschina di pretendere alla rinomanza d'Autore infalli-
» bile! »

Mackeldey, che di un'opera sì ben concepita nel suo intiero, e sì maestrevolmente eseguita nell'esposizione delle materie, ha fatto dono alla elementare istruzione del Diritto romano, accigneasi a pubblicare un *Manuale di Pandette*, quando, nel 1834, era rapito ai numerosi amici e alla Scienza.

Se la traduzione, ch' oggi offeriamo al pubblico, e ch'è operata sulla decima ed ultima edizione dell'originale alemanno, scopre alcuna imperfezione sul lato dell'espressione, è mestiere darne carico alla difficoltà del lavoro ed allo stile dell'Autore, malagevole talvolta a riprodursi in altra forma. Ogni nostra ambizione restrignesi a rendere ai giovani più grato e men faticoso lo studio di una materia già tanto di per sè difficile e complicata, e, senza dispensarli dallo assistere alle lezioni accademiche, presentar loro una scorta sicura e concisa che tutto comprende lo studio elementare del diritto romano. Ne fosse dato di aver raggiunto il nostro scopo!

INTRODUZIONE

CONTENENTE

LE COGNIZIONI GENERALI, ISTORICHE E LETTERARIE

NECESSARIE

ALLO STUDIO DEL DIRITTO ROMANO

INTRODUZIONE

ALLO STUDIO DEL DIRITTO ROMANO [1]

SEZIONE PRIMA

Idee generali del Diritto e della Giurisprudenza.

§. 1. *Idea del diritto e della legge in generale.*

Chiamasi generalmente *diritto*, tutto ciò, ch' è conforme ad una *legge*, che è quanto dire una regola generale ed obbligatoria.

Questa legge è *fisica* o *naturale*, quando ha il suo principio in una necessità della natura, di maniera che non si *possa* agire oppostamente al suo precetto; è *morale* o *spontanea*, allorchè il suo principio si appoggia ad una necessità della ragione, di maniera che si può agire oppostamente a ciò ch'essa prescrive, ma non è *lecito* il farlo. Così, le leggi naturali determinano la fisica possibilità e necessità delle azioni; le leggi spontanee al contrario, la loro possibilità e necessità morale. La scienza del diritto non si occupa se non che delle leggi morali (2).

---

(1) Le Opere le più importanti da consultarsi sono:

Christ. Glieb. Haubold, *Præcognita Juris Romani privati novissimi.* Lips. 1796.

Ejusdem, *Institutionum juris rom. priv. historico-dogmaticarum lineamenta.* Lips. 1814.

Post mortem auctoris denuo edidit. Car. Ed. Otto. Lips. 1826. (in prolegomenis.)

Gust. Hugo, Manuale della Enciclopedia del Diritto, sett. ed. Berlino, 1823.

Chris. Fréd. Glück, *Introduzione allo studio del diritto civile romano.* Erlangen, 1812.

E. Spangenberg. *Introduzione allo studio del corpo del diritto romano.* Hanovre, 1817.

C. Fréd. Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum.* Halis Saxonum, 1823. Ed. tertia, ibid. 1830. (in procemio).

L. A. Warnkœnig. *Commentarii juris romani privati.* Leodii, 1825. (Introductio historico-litteraria et lib. I. cap. I.).

W. Fréd. Clossius, *Ermeneutica del diritto romano*, e *introduzione al corpo del diritto civile.* Riga e Dorpat, 1829.

(2) Hugo, *Enciclopedia*, 7. ed. pag. 9.

§. 2. *Del diritto, sotto il rapporto della libertà d'agire.*

Quanto alle azioni libere degli uomini, la parola alemanna *Recht* ha, egualmente che la latina *Jus* e l'italiana *Diritto*, un doppio significato:

A. Nel *senso obiettivo*, si designano per essa quelle leggi e quelle regole, che gli uomini, nella lor qualità di eseri ragionevoli, debbono osservare ne'loro rapporti scambievoli, siccome la norma delle loro libere azioni. *Jus est norma agendi*. Se queste leggi e queste regole sono di tale indole, che gli uomini vivendo in uno stato posson venire astretti ad osservarle dalla autorità costituita in questo stato, formano esse il *diritto giuridico*, al contrario di quei principii imposti dalla sola morale, l'osservanza dei quali non può esser comandata da alcuna forza esteriore (1). La conformità delle azioni dell'uomo ai principii del diritto, e che dipende dalla libera determinazione di lui, dicesi giustizia *justitia* (2).

B. Nel *senso subiettivo*, per lo contrario, la parola diritto sta ad esprimere facoltà di agire, o la possibilità morale, che abbiamo, di far noi alcuna cosa, o d'esigere che altri faccia od ometta di fare alcuna cosa a nostro vantaggio. *Jus est facultas agendi*. In questo senso, il *diritto* indica un favorevol rapporto, in cui un uomo si trova di fronte ad un altro (3).

§. 3. A. *Del diritto nel senso obiettivo.*

1. Diritto naturale e diritto positivo.

Il diritto, nel senso *obiettivo*, si divide, seguendo la sua origine, in *diritto naturale* e in *diritto positivo*. Per *diritto naturale*, s'intendono d'ordinario i principii di diritto, che derivano da idee puramente razionali, o la teoria delle condizioni generali della coesistenza libera degli uomini nello stato sociale (4). Il *diritto positivo*, al contrario, è quel diritto, che si fonda su de'fatti istorici, o l'insieme de' precetti, che, in uno stato particolare, sono riconosciuti e seguiti, siccome principii di diritto (5). La base di ogni diritto positivo è nel sentimento e nella volontà d'una nazione, la quale considera ed osserva alcune norme, siccome suo diritto; e presso ogni popolo, i costumi e il carattere nazionale, la religione e la forma del governo, come pure molti avvenimenti e circostanze accidentali, hanno la più grande influenza su questa specie di diritto. Questa osservazione spiega da una parte, la differenza, che esiste fra il diritto positivo delle diverse nazioni, mentrechè il diritto naturale è ovunque lo stesso; e, d'altra parte, perchè derivando dalla ragione comune a tutti gli uomini, il diritto naturale deve riguardarsi siccome la base di ogni diritto positivo (6).

---

(1) Hugo, *Enciclopedia*, p. 9-14. La Giurisprudenza non si occupa principalmente che del diritto giuridico.

(2) Pr. J. I, 1. Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. Fr. 1, pr. §. 1; fr. 10, pr. D. I. 1.

(3) Pr. J. II, 3.

(4) È per questa ragione che dicesi ancora *diritto filosofico* o *metafisica del diritto*, quale non dee confondersi colla filosofia del diritto positivo. Sui differenti sistemi del diritto naturale, vedi Falck, *Enciclopedia del diritto*, 3. ed. §. 48-57, e specialmente Conr. J. Al. Baumbach, *Manuale di diritto naturale*. Leipzig, 1823. (Introduzione). Fr. J. Ithal, la *filosofia del diritto sotto il punto di vista storico*. T. I, II. Heidelberg, 1830, 1834.

(5) Presso i Romani si diceva *Jus civile* o *jus proprium civitatis*. §. I, J. I, 2—fr. 9. D. I, 1: « omnes populi qui le« gibus et moribus reguntur, partim suo « proprio, partim communi omnium ho« minum jure utuntur. *Nam quod quis« que populus ipse sibi jus constituit, id « ipsius proprium civitatis est vocatur« que jus civile* ».

(6) §. II, J. I, 2: sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes, peræque, servantur, divina quadam provi-

§. 4. 2. *Fonti del diritto positivo.*

Il diritto positivo d'una nazione, avuto riguardo al modo della sua introduzione ed ai fonti, da cui deriva, si fonda, in parte su leggi emanate dal poter sovrano nello stato, *jus quod ex scripto constat*, in parte sopra usi e consuetudini, *jus quod sine scripto venit* (1).

§. 5. a. *Diritto, che deriva dalle leggi.*

La *legge* nel *senso giuridico* è un comando emanato dall'autorità sovrana nello stato, ed a cui i sudditi di questo stato van sottoposti. Così la legge è basata sulla volontà del legislatore. Ma affinchè la legge acquisti forza obbligatoria, fa mestieri ch' essa venga recata a cognizione di tutti coloro, i quali le proprie azioni debbono uniformare al disposto di lei. L'atto, per mezzo del quale l'autorità sovrana nello stato fa pubblica la legge, onde venga osservata, chiamasi promulgazion della legge, *promulgatio legis* (2), la quale può aver luogo in modi diversi. Prima della promulgazione la legge non ha forza alcuna obbligatoria. Quindi il principio, ch'essa non agisce se non che per lo avvenire e non ha effetto retroattivo; *lex nova ad praeterita trahi nequit* (3).

§. 6. b. *Diritto che deriva dalle consuetudini.*

Non havvi alcun diritto positivo, che esclusivamente si fondi su leggi espresse, ma havvi sempre un gran numero di principii, che, in ogni tempo e presso ogni nazione, esistono e si sviluppano per l'opinione ed i costumi del popolo, per le decisioni dei suoi giudici e per le interpretazioni e lo sviluppo scientifico del diritto già in vigore appresso il popolo (4). L'insieme di tutte queste regole, che non

---

dentia constituta semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia lege postea lata. — Cpr. ed anche fr. 6, D. ibid.

(1) §. 3, 9, J. I, 2—fr. 6. §. I. D. I, 1.

(2) Presso i Romani del tempo della repubblica, *promulgare legem*, era portare a pubblica notizia la proposta d'una legge primachè formasse oggetto di deliberazione nei comizii, onde ciascuno potesse per lo innanzi meditarla. V. §. 21. ma in Giustiniano si trova questa espressione impiegata nel senso dei moderni Procem. Instr., §. 1: Omnes vero populi *legibus jam a nobis promulgatis vel compositis* reguntur.

(3) C. 7. C. I, 14—Nov. 22, c. 1. Nov. 66, c. 1, §. 4.

Si veda su tale principio: Goenner, *Archivj per la legislazione* e *la Giurisprudenza*; 1. vol. num. 10. — Chabot de l' Allier. *Questioni transitorie*. Parigi, 1809. 2. vol. — Blendeau, *Dell'effetto retroattivo della legge*. — L'istesso, *Themis*, t. VII, p. 289. — Weber, *Dell'effetto retroattivo delle leggi positive*. Hanovre, 1811. — Herrestorf, *idem* Düssoldorf, 1812, e Francfort, 1815. — J. D. Meyer, *Principj sulle questioni transitorie*. Amsterd., 1813 — Th. Wiesen, *Dell' effetto retroattivo delle leggi*. Wetzlar, 1814. — Fr. Bergmann, *Sulla non-retroattività delle leggi*. Goett., 1818. — Jordan, *Dell'effetto retroattivo delle leggi, nella Biblioteca del Giureconsulto* (Cassel) vol. 1., pag. 417. — F. Smits Verbrug, *Diss. de lege in præteritum non revocanda* Lugd. — Bat., 1832 — N. D. Simonis. *Diss. de jure civili haud retrotrahendo*. Leodii, 1826. — Merlin, *Repertorio universale*, t. XVI. art. *effetto retroattivo*. Jourdan nella *Themis*.

(4) Trovasi ancora presso i Romani questo modo di esaminare l' origine del diritto positivo. Quintiliano, Inst. Orat. lib. V, c. 3: Pleraque in jure *non legibus* sed *moribus* constant. - fr. 32, pr., D. I, 3: De quibus causis scriptis legibus non utimur, ut custodiri oportet, quod *moribus et consuetudine* inductum est. - fr. 35, ib.: Sed et ea quæ longa consuetudine comprobata sunt, velut tacita civium conventio, *non minus quam ea quæ scripta sunt jura*, servantur. - fr. 40, ib. omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo. Cf. Cod. VIII, 53. Il Diritto consuetudinario è svolto nella maniera la più inge-

traggono la loro origine dal comando formale del legislatore, ma che sono state introdotte dall' opinione, dai costumi, dall' uso, si chiama *diritto consuetudinario diritto d' uso* (1). I suoi principii, fondati sui costumi e sulle consuetudini, sulla giurisprudenza e sull' opinione dei giureconsulti hanno una forza pari a quella d' una legge formale (2).

§. 7. 3. *Preminenza del diritto recente sul diritto anteriore.*

Conciossiachè il diritto d' un popolo venga successivamente a svilupparsi, ed il volger del tempo v' introduca delle frequenti mutazioni (3), ben si comprende che per ciò, risguarda l' applicazione pratica, le regole di diritto più recente, senza far distinzione se provengano dalle leggi o dalle consuetudini, han preminenza sul diritto anteriore (4); giusta ciò, che affermasi

---

gnosa da Hugo, *Enciclopedia* 7. ed., pag. 19. e *Filosofia del diritto positivo*. 4. ed., §. 153, 154; De Savigny, *Della tendenza del nostro secolo alla Legislazione e alla Giurisprudenza*. Heidelberg, 1814; 2. ed. 1828; Warnkoenig, *Deduzione del principio fondamentale del diritto di una legge innata della ragione*. Bonn, 1829, p. 19; Schrader, *Editti dei Pretori Romani applicati allo stato attuale della legislazione*. Weimar, 1816, p. 5, e seg.; W. H. Puchta, *Della istituzione degli Arbitri*; Erlangen, 1823, pag. 15. - Presso i Francesi si trova: *I codici dei popoli si formano col tempo, ma a parlare propriamente non si formano*. Portalis, *Discorso preliminare del primo progetto del Codice civile*; nella *conferenza* del *Codice civile*. Parigi, 1805, t. I, pag. 27.

(1) Cicerone, *de Inventione*, II, 22: *consuetudinis jus* esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. Ulp., Fragm. pr. §. 4: *mores* sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus.

Sull' importanza del diritto consuetudinario, si veda: Ger. V. D. Busche, *De consuetudine* Goett., 1752. — E. A. Hans, *Sull' importanza della giurisprudenza dei tribunali*. Erlangen, 1789. Meurer, *Trattati diversi*, t. I, n. 4-6. - Grolman, *Del diritto consuetudinario* e *della Giurisprudenza*, nel suo *Magazzino per la Filosofia del diritto* e *della legislazione*, t. I, fasc. 2, pag. 151. - Guilleaume, *Trattato del diritto consuetudinario*. Osnabrück, 1801. - Volkmar, *Trattato teorico del diritto consuetudinario*. Brunswick, 1806. - Seboemann, *Rivista delle teorie sul diritto consuetudinario*; nel suo *Manuale di diritto civile*, t. I, p. 28. - Kloetzer, *Saggio d' una rivista della teoria del diritto consuetudinario*. Jena, 1813. Seuffert, *Alcune dissertazioni sul diritto civile romano*, vol. I, n. 5. - Gesterding, *Supplemento alle teorie sul diritto consuetudinario*; negli *Archivi per la pratica civile*; vol. I, n. 5. - Jordan, *Osservazioni sulla giurisprudenza*, nell' istessa opera, t. VIII, pag. 191. - Schmidt, *Saggio d' una teoria del diritto consuetudinario secondo le leggi romane, canoniche e sassoni*. Leipz, 1825. - Puchta, *diritto consuetudinario*. Erlangen, 1828. - J. Ch. Kall, *Observ. de jure* non scripto. Hafniae, 1828.

(2) §. 9, J. I, 2: Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati, *legem imitantur*. - fr. 32, §. 1, D. I, 3: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur* (et hoc est *jus*, quod dicitur *moribus constitutum*).

La consuetudine non deve essere contraria nè alla ragione, nè ai buoni costumi, nè al bene dello stato, fr. 39, D. I, 3. - C. 2. C. VIII, 53. - Nov. 134, c. I.

(3) §. 11, J. I, 2: Ea vero quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia, postea lege lata.

(4) Fr. 4, D. I, 4: Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his, quæ ipsa præcesserunt. - Fr. 32, §. 1, D. I, 3: quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

La Const. 2, C. VIII, 53. così concepita « consuetudinis ususque longævi non « vilis auctoritas est: verum non usque « adeo sui valitura momento, ut aut ra« tionem vincat, aut legem » sembrerebbe essere in contradizione col fr. 32 citato. Ma le parole *aut legem* non significano qui ogni legge, qualunque siasi, ma bensì una legge che ordina o tutela qual-

dalla regola: *lex posterior* (o meglio *jus posterius*) *derogat priori* (1).

§. 8. 4. *Diritto pubblico e diritto privato.*

Relativamente al suo obietto, il diritto positivo d'un popolo dividesi in *diritto pubblico* e in *diritto privato*. Il *diritto pubblico* (*jus publicum*) è l'insieme delle regole pertinenti alla costituzione ed alla amministrazione dello stato, ch'è quanto dire alle relazioni del poter sovrano coi sudditi. Il *diritto privato* (*jus privatum*) comprende i principii, che regolano, fra i cittadini i rapporti di diritto esistente fra loro (2).

§. 9. 5. *Della giurisprudenza.*

La giurisprudenza, *jurisprudentia*, è la scienza delle regole di diritto secondo i suoi principii e i suoi fonti (3). La nuda cognizione del diritto e delle leggi vigenti in uno stato non costituisce pur tuttavia la giurisprudenza; la cognizione del diritto non merita il nome di scienza, se non quando è congiunta alla filosofia ed alla istoria del diritto medesimo. Uficio della giurisprudenza è adunque il risolvere le appresso questioni: 1. Cosa è *diritto* secondo l'idea, che si annette a questa parola? Questo è ciò, che ne insegna la *scienza filosofica del diritto* o *il diritto naturale* (§. 3.). 2. Che è egli realmente *diritto*? Questa questione forma l'objetto della *scienza del diritto positivo* e si divide in tre altre: *a*) Qual è il diritto esistente in un dato stato? La *dommatica del diritto* ne lo insegna; *b*) Come questo diritto è venuto a formarsi? Noi lo apprendiamo dall'istoria del dritto; *c*) Questo diritto è egli conforme alla ragione? È ciò che si esamina dalla *filosofia del diritto* (4).

§. 10. B. *Del diritto nel senso subiettivo.*

1. Diritto e dovere.

Un diritto, nel *senso subiettivo* è la facoltà di fare alcuna cosa o di esigere che altri la faccia (§. 2.). All'idea di diritto in questo senso corrisponde l'idea di *dovere*, *officium*; non già *obbligatio* (5). Per dovere intendesi una necessità imposta alle nostre azioni dalla ragione. Come il diritto racchiude una *possibilità morale*, una facoltà di agire, così il dovere suppone una *necessità morale*, una obbligazione. Diritto e dovere sono

---

che cosa per interesse e ordine pubblico, e che per questa ragione è fuori del potere del popolo. Il precetto *jus pubblicum, quod pactis privatorum mutari non potest*, mostra che in tal guisa intendevasi nel diritto romano, fr. 38, D. II, 14. - Fr. 3, D. XXVIII, 1. Si veda sulle diverse interpretazioni della const. 2. citata: Fr. C. Conradi, *de consuetudine legem haud vincente*. Helmst., 1745. Hoepfner, *Commentari sopra Heineccio*, §. 58. Hübner, *correzioni al medesimo*, p. 167. Schocmann, *Manuale di diritto civile*, t. I, p. 54. - Schweppe, *Manuale di diritto civile romano*, t. I. §. 34. - Seuffert, *Spiegazioni*, Sect. I, p. 28. Kloetzer, *Del diritto consuetudinario*, §. 18. - Schmidt, *idem*, §. 25-28. - Gesterding, negli *archivj per la pratica civile*, t. III, p. 271. - Schilling, *Osservazioni sull'istoria del diritto romano*, p. 393. - Schweitzer, *De consuetudine*. Lips., 1801. - Puchta, *Diritto consuetudinario*, t. I, pag. 81-91, 117, 118.

(1) Goenner, *Trattati di diritto*, t. I, n. 3; t. II, n. 35. - Thibaut *Dissert. di diritto civile*, n. 7.

(2) §. 4, J. I, 1. - fr. 1, §. 2, D. I, 1.

(3) §. 1, J. I. 1. - fr. 1. pr., §. 1. D. I. 1.

(4) Hugo, *Enciclopedia*, pag. 31. Wening, *Enciclopedia*, §. 82 e seqq. Noi abbiamo di già fatto osservare §. 3, nota 4, che non si deve confondere la *Filosofia del diritto positivo*, colla *Scienza filosofica del diritto*, o *diritto naturale*.

(5) *Obligatio* presso i Romani era ben diverso da ciò che noi comunemente intendiamo per *obbligazione*; era soltanto una specie particolare di diritto, cui noi diam nome di *crediti e debiti*. - Hugo, *Magazzino di dritto civile*, t. III, pag. 389.

idee correlative, l'una, cioè, non può concepirsi senza l'altra.

§. 11. 2. *Doveri perfetti e imperfetti.*

Al diritto d'un individuo corrisponde sempre un dovere per parte d'un altro. Affinchè il primo possa esercitarsi, fa d'uopo che il secondo venga adempito. Ciascuno deve, è vero, seguendo la ragione e la propria coscienza, esser volontariamente propenso a satisfare a *tutti* i suoi doveri; ma ov'egli nol faccia, è questione fino a qual punto possa esservi astretto per costrignimento dell'autorità dello stato. Havvi adunque infra i doveri imposti all'uomo una insigne discrepanza. Esistono dei doveri, che non possiamo esser costretti ad adempire; hannovene altri, l'adempimento de'quali può venire colla forza richiesto dall'autorità (§. 2.). Gli uni, *doveri imperfetti*, imposti, cioè, dalla morale o dalla coscienza; gli altri chiamansi *doveri perfetti*, quelli, cioè, dei quali ne possono costrignere all'esecuzione (1).

§. 10. 3. *Diritti perfetti e imperfetti.*

A questi differenti doveri corrispondono altrettanti diritti. Un diritto, il quale corrisponda ad un dovere imperfetto è un *diritto imperfetto*, un *diritto morale*. Un diritto, per lo contrario, il quale corrisponda ad un dovere perfetto, è un *diritto perfetto*, un *diritto nel senso proprio*, un *diritto giuridico*. Di questa sola specie di diritti avviene che si occupino le legislazioni e la giurisprudenza, mentrechè i diritti imperfetti son pertinenti al dominio della morale (2).

§. 13. 4. *Garanzia accordata dallo stato ai diritti giuridici.*

Il diritto perfetto presuppone, secondo la sua natura, che quegli il quale n'è investito valga a farlo rispettare colla forza. Ma non può esso esercitar di per sè questo costringnimento, in quantochè colui, che si pretende leso nei suoi diritti non può eriger se stesso in giudice di questa questione, e in quantochè colui, ch'è stato leso non sempre possiede la forza necessaria ad esercitare la sua coazione; è mestieri dunque, che questa si parta dal potere sovrano nello stato, espressamente instituito al fine di proteggere e garantire il diritto e la libertà dell'uno dalle violazioni e dagli attacchi per parte degli altri. Una tal coazione non essendo possibile che in uno stato, non si concepisce che possa, a parlar propriamente, esistere alcun diritto *giuridico* fuori dello stato sociale; o in altri termini: fuori dello stato non esiste e non è mai esistita alcuna posizion legale fra gli uomini (3).

§. 14. 5. *Subietto e obietto del diritto.*

Ogni specie di diritto si riferisce ad un *subjetto* e ad un *objetto*. Dicesi *subjetto* la persona, a cui compete un diritto; *objetto* del diritto è ciò, su cui il diritto si rivolge. A parlar propriamente, le sole azioni ester-

(1) I Romani non avevano parole adattate per distinguere l' idea di doveri perfetti, da quella di doveri imperfetti. La parola *officium* le comprendeva tutte due. Per indicare un dovere perfetto, facevan uso dell' espressioni: *cogendus est, tenetur, necesse est, habet, debet, debetur.* I moderni hanno adottato per ciò l'espressione, *obligatio perfecta*, *necessitas legitima*, *officium jure positum*, *etc.* Hugo, *Enciclopedia*, 7. ed. p. 7, e 8.

(2) V. Hugo, *Enciclopedia*, 7. ed. p. 9. - Wening, *Enciclopedia*, pag. 54, e seg.

(3) Lo stato non pone alcuna condizione all' idea di diritto e di dovere *in generale*, ma il diritto *giuridico* o di *coazione* presuppone naturalmente che tanto chi è in diritto di esigere, quanto chi è obbligato a fare, siano soggetti a un poter sovrano, che loro è comune. Hugo, *l. c.* e Falck, *Enciclopedia*, §. 1.

ne possono essere *objetto* del diritto, imperocchè non è che per esse, che si possano imporre dei limiti alla libertà dell'uomo; gli atti interni, i pensieri e i desiderii non possono esser impediti o frenati da forza alcuna del mondo.

§. 15. 6. *Classificazione generale dei diritti.*

I diritti, che lo stato riconosce e protegge in ognuno dei suoi membri, sono: 1. *diritti*, che si riferiscono alla *capacità* d'un individuo, cioè alle sue qualità personali, senza cui non potrebbe in niun luogo essere in uno stato riconosciuto, siccom'abile ad aver dei diritti; 2. diritti i quali, presupponendo la capacità d'un individuo, si connettono alle sue *relazioni di famiglia;* 3. in fine, diritti, che si riferiscono ai suoi beni; e questi ultimi si suddividono in *diritti reali*, allorchè la persona gli esercita su di una cosa immediatamente soggetta al suo potere; e in *diritti personali* (*crediti*) allorchè son diretti ad ottenere una prestazione da una persona, che è particolarmente obbligata. I diritti relativi alla capacità, ai diritti di famiglia, e i diritti reali sono d'altronde *assoluti*, la lor prestazione, cioè, può venir richiesta da ognuno, e possono in conseguenza esser perseguiti contro chiunque arrechi lor pregiudizio. I diritti personali o crediti sono per lo contrario *diritti relativi*, ch'è quanto dire non possono venir perseguiti, che contro la persona di colui che li ha contratti.

§. 16. 7. *Classificazione generale dei doveri.*

Il dovere, che corrisponde a un diritto, è o *generale* e *negativo*, o consiste in una *obbligazione personale* e *positiva*. Il primo è imposto a tutti gli uomini, tranne colui al quale compete, ed in questo consiste che non è loro, di alcun modo, permesso il turbare l'esercizio di quei diritti; l'obbligazione propriamente detta non è imposta che alle persone, che sono specialmente vincolate, e alle quali essa impone la necessità di effettuare ciò che il possessore del diritto può da loro esigere in forza del suo diritto medesimo. Le prime corrispondono ai diritti assoluti, le seconde ai diritti relativi.

§. 17. 8. *Azioni.*

Chiunque possiede un diritto, può perseguirlo per via di giustizia, ove gli venga disputato. Ai mezzi che hanno per scopo, di ricuperare un diritto, o di mantenersene nel possesso, appartengono le azioni, *actiones*, e le eccezioni *exceptiones*.

SEZIONE SECONDA

Istoria de' fonti del Diritto Romano.

§. 18. I. *Del diritto romano e della sua istoria.*

Il diritto romano, in generale è l'insieme delle regole di diritto, che hanno avuta forza appresso i Romani, quel sovrano popolo dell'antichità, sia qualunque l'epoca, in che furono emanate (1). L'istoria di questo diritto, secondo una distinzione accettata dall' universale a' dì nostri, dividesi in *esterna* ed *interna*. Ufficio della prima è il ricercar dei fonti del diritto, e delle fatiche, ond'essi han formato l'*objetto;* tratta la seconda del contenuto di questi fonti, ed espone le vicende delle regole di diritto, dietro la loro origine, i lor progressi successivi e le lor mutazioni (2).

§. 19. II. *Fonti dell'istoria del diritto romano* (3).

Appartengono peculiarmente ai fonti dell' istoria del diritto romano: 1. le raccolte di diritto romano, sì antiche che recenti, co' lor decreti di pubblicazione; quindi 2. tutti i documenti di antiche leggi abbenchè più non ne avanzino a noi se non le reliquie (4), siccome i frammenti delle *Dodici Tavole*, quelli di alcune *Leges agrariae*, e in special modo della *Lex Thoria* (a. u. 647) (5); quelli di alcune *Leges*

(1) In senso più ristretto s' intende con questa parola il diritto romano compilato da Giustiniano, e da noi ricevuto.

(2) Si veda sul metodo di trattare la storia del diritto: Hugo, *Storia del diritto romano*, 11. ed., p. 33, e seg. - Th. M. Zachariæ, *Della scienza d' una storia interna del diritto civile romano*. Breslau, 1802. - Thibant, *Sullo studio della storia del diritto romano*, negli *Annali di Heidelberg*, 1808, p. 1, e seg. - Rudhart, *Sullo studio della storia del diritto romano*. Würtzbourg, 1811. - Ed. Platner, *Sul modo scentifico di trattare le antichità romane*. Marbourg, 1812. - Savigny, *Giornale per la giurisprudenza istorica*, t. I, p. 1-17. - Zimmern, *Storia del diritto civile romano*. Heidelberg, 1826, §. 1. - Schilling, *Osservazioni sulla storia del diritto romano*, p. 3-14.

(3) Chr. Gottl. Haubold, *Institutiones juris romani literariæ* Lips., 1809, t. I, pars. 2, p. 199. Il medesimo - *Introduzione alla cognizione approfondita dei fonti del diritto romano*. Leipzig, 1818. - Hugo, p. 4, e seg. Zimmern, t. I, p. 2-8. Una rivista esattissima e completa dei migliori fonti del diritto romano, e delle *bibliografie* greca e latina, scoperti dopo il 1813, principalmente col mezzo dei *Codices rescripti*, si trova nell' opera intitolata *Hermès*, t. XXIV, p. 318, e seg.; t. XXV, p. 271, e seg.

(4) Haubold, *l. c.*, p. 245, e seg. - Zimmern, t. I, §. 3. - Ern. Spangenberg, *Juris romani tabulæ negotiorum solemnium modo in ære, modo in marmore, modo in charta superestites*. Berol., 1821. - Chr. Gottl. Haubold, *antiquitatis romanæ monumenta legalia extra libros juris romani sparsa*; post mortem auctoris edidit Ern. Spangenberg. Præmissa est notitia historico-dogmatica omnium antiquitatis romanæ monumentorum extra libros juris romani sparsa. Berol., 1830. - Clossius, *Ermeneutica del diritto romano*. Riga e Dorpat, 1829, p. 54-68.

(5) Haubold, *l. c.*, p. 245. - Furono pubblicate dall' Orsino, in seguito del *Liber de legibus et Sctis*, di A. Augustinus. Romæ, 1584, n. 1-7.

Judiciariae, e in special modo della *Lex Servilia repetundarum* (a. u. 654.) (1); non che soprattutto i frammenti della *Lex Julia et Papia Poppaea*; quindi la *Tabula Heracleensis* (fra il 664 e 680 ab u. c.) (2), la *Lex Rubria*, o, come fin oggi ebbe nome, *Lex de Gallia Cisalpina* (dopo a. u. 711) (3); *Obligatio praediorum s. Tabula Trajana alimentaria* (a. u. 856.) (4), il *Senatus consultum de imperio Vespasiani*, il *SC. de Bacchanalibus* (5), e i frammenti dell'editto del pretore, non che un editto di Diocleziano sulla stima degli oggetti; (6) infine 3. assai autori antichi e greci e romani, giuresconsulti ed altri. Noi ci darem carico più tardi, ai §. 47, 48, e 57 notabilmente, di far parola del breve numero di scritti dei giureconsulti romani e de' loro frammenti, che son fino a noi pervenuti. Sono in primo grado a notarsi l'istoria (esterna) del diritto di Pomponio, nel fr. 2, D. *de orig. juris*, I, II; le Istitute di *Gajo*; i frammenti d'*Ulpiano*, e la *Parafrasi greca* delle Istitute di Giustiniano edita da *Teofilo* (7). Infra gli Autori non giureconsulti, offrono copioso tesoro i nomi che appresso: *Polibio*, *Dionigi d'Alicarnasso* (8), *Cicerone* (9), *Tito Livio*, *Valerio Massimo*, *Tacito*, *Plutarco*, *Plinio il vecchio*, e *Plinio il giovane* (10), *Svetonio*, gli *Scriptores Historiae Augustae*, *Giovanni di Lidia* (11); ed i *grammatici*, di cui i pre-

---

(1) Haubold, *l. c.* p. 247. - Ursinus *l. c.* n. 8-14. - *Fragmenta legis serviliæ repetundarum ex tabulis æreis primum conjunxit, restituit, illustravit* Aug. Car. Klenze. Berol., 1825.

(2) Haubold, *l. c.*, p. 249. - Hugo, *Magazzino di diritto civile*, t. III, p. 340. *Fragmentum legis romanæ in aversa tabulæ heracleensis parte.* Notis criticis et commentario illustravit Gust. Marezoll. Gœtt., 1816. - Ed Dirksen, *Observationes ad tabulæ heracleensis partem alteram, quæ vulgo æris neapolitani nomine venit.* Berol., 1817. - Il medesimo, *Osservazioni sulla prima metà della tavola di Eraclea*, nelle sue *Dissertazioni di diritto civile*, t. II, n. 2.

(3) Haubold, *l. c.*, p. 248. - Hugo, *Magazzino di diritto civile*, t. II, pag. 431. - Ed. Dirksen, *Diss. proponens observationes ad selecta legis Galliæ Cisalpinæ capita.* Berol. 1812. Tavola legislativa della Gallia Cisalpina ritrovata in Valleja nell'anno MDCCLX, e restituita alla sua vera lezione da *D. Pietro de Lama*, colle osservazioni e annotazioni di due celebri giureconsulti Parmigiani. Parma, 1820. - *Themis*; t. VI, p. 525. - Sul nome della *Lex Galliæ Cisalpinæ*, si veda F. Puchta, *Dissertazioni di diritto civile*. Leipzig, e Berlino, 1823, n. 2, e Hugo, *Magazzino di diritto civile*, t. VI, p. 123. - Huschke, *Giorn. critic. di Tubingæ*, t. VI, pag. 352.

(4) Haubold, *l. c.*, p. 291. - Hugo, *Magazzino di diritto civile*, t. II, p. 432. - Fréd. Aug. Wolf., *Memoria sopra una fondazione di beneficenza dell' imperator Trajano.* Berlino, 1808., Savigny, negli *Annali d' Heidelberg*. t. II, *pag.* 254. *Quæstio antiquaria de pueris et puellis alimentariis.* Specimina tria, ediz., Chr. Henr. Paufler. Dresd., 1809. - Tavola alimentaria Vallejate, detta Trajana, restituita alla sua vera lezione, da *D. Pietro de Lama*, con alcune osservazioni del medesimo. Parma, 1819. - Glück, *Commentarii alle Pandette*, pag. 267.

(5) Haubold, p. 251, 253.

(6) *Transactions of the Royal Society of literature.* London, 1827, vol. I, e Schutz, *Grundlegung zu einer geschichtl. Staatswissenschaft der Romer*, p. 631, e seg. - V. anche Spangerberg, *Monum. leg.* Appendice; p. 1-23.

(7) Si veda ancora: Ediz. Dirksen, *Frammenti degli scritti dei giureconsulti romani*, (non pervenutici per la compilazione di Giustiniano). Koenisgsberg, 1814.

(8) P. F. Schulin, *Diss. de Dionysio Halic. historico, præcipuo histor. jur. romani fonte.* Heidelberg, 1820.

(9) Ed. Platnerus, *Diss. de iis partibus librorum Ciceronis rethoricorum, quæ ad jus spectant.* Marb., 1829., 2. ed, ibid., 1831.

(10) L. Vander Bruggen, *Locorum juris civilis ex Plinii junioris scriptis explicatio.* Lugd. - Bat., 1827. - J. A. Sneither, *Diss. qua loca e Plinii junioris scriptis, quæ ad jus civile pertinent, recensentur et illustrantur* Grœning., 1827.

(11) Joannes Laurentius Lydus, *de Magistratibus reipublicæ romanæ libri* III; Edit. Jo. Dom. Fuss. Præfatus est C. B. Hase, Lugd. - Bat., 1812, 8. - Si veda Andr.

minenti: *Varrone, Seneca, Quintiliano*, *Asconio Pediano*, *Gellio*, e più tardi, *Sesto Pompeo Festo*, *Servio* e *Boezio* (1). Si voglion finalmente rammentare gli *scriptores in agrariae rusticae*, e *Vitruvio*, sull' architettura, non che i padri della Chiesa latini e greci.

§. 20. III. *Periodi dell'istoria del diritto romano* (2).

I periodi dell' istoria dei fonti del diritto romano e del loro sviluppo furono nel miglior modo fissati da Gibbon (3), e adottati quindi dall'Hugo. Eccoli: finisce il *primo* alle *Dodici Tavole;* il *secondo* a *Cicerone;* il *terzo* ad *Alessandro Severo;* il *quarto* a *Giustiniano* (4).

PERIODO PRIMO

Dalla fondazione di Roma alle Dodici Tavole.

(A. u. 1 - 300; 750 - 450 avanti G. C.) (1)

§. 21. *Prima costituzione di Roma.*

I diversi popoli, la cui riunione costituì lo stato romano conservarono, dopo il loro nuovo stabilimento eziandio, l'antico loro diritto; eranvi dunque in Roma differenti diritti, che non si confusero che a grado a grado in un sol *diritto romano*. Alla fondazione di questo nuovo stato, i suoi membri si divisero in due classi disparate: i *patrizii* e i *plebei*. I primi formarono una specie di nobiltà ereditaria, e soli in principio teneano fra le mani il potere; a loro soli, cioè, apparteneva il governo dello stato e la divisione delle proprietà, *ager publicus*. I plebei, per lo contrario, formavano la libera cittadinanza; erano gli uni al tempo istesso *clienti* d' un patrizio, ch' aveansi scelto a *patrono;* gli altri ad alcun patrizio non andavano soggetti ed erano liberi cittadini e proprietarii. I plebei non erano in principio che i difensori del nuovo stato, senza godere di alcun politico diritto, e conseguentemente esclusi dall' amministrazione dello stato e dalla repartizione delle terre (2). Appare d'altronde come, non solo per la loro condizione, ma per la origine loro eziandio i patrizii e i plebei fra lor differis-

Guil. Cramer, in supplem. ad B. Brissonium *de verborum significatione*, p. 18-30. - C. J. C. Reuvens *Collectaneæ litter.* Lugd. - Bat., 1815, p. 20-87. Jo. Dom. Fussii ad Hasium *Epistola, in qua Lydi textus et versio emendantur, loci difficiliores illustrantur.* Leodii, 1820

(1) La Storia letteraria del diritto romano che si trovava qui nelle precedenti edizioni, è stata posta al §. III, V.

(2) Su i periodi della Storia del diritto romano in generale si veda G. Fr. Puchta, *Dissertazioni di diritto civile*, n. 5. - Schilling, *Osservazioni sull' Istoria del diritto romano di Hugo*, p. 14-20.

(3) Ed. Gibbon, *History of the decline and fall of the roman empire*, cap. 44. che contiene un ragguaglio istorico del diritto romano. È stato tradotto in tedesco e arricchito di note da Hugo. Goett., 1789. Una traduzione francese di Guizot rivista da Warnkœnig e accompagnata di note, è stata pubblicata col titolo di *Compendio all' istoria del diritto romano di Gibbon* Liegi, 1821.

(4) Hugo. *Storia del diritto romano*, p. 60-65. (Noi citiamo quest' opera dietro la sua 11.ª edizione).

(1) Hugo, p. 68-110.

(2) Niebuhr, *Storia romana*, parte I, ed. 2., p. 317-350.

sero; e per questo motivo, nei tempi primitivi, abbenchè riuniti sotto lo stesso governo, avvenne che differissero pur tuttavia di diritto e di costumi. Alla testa dello stato romano trovavasi un capo, eletto a vita, che avea nome di *Re:* insiem con lui governava il *senato,* composto dapprima di soli *patrizii.* Il potere legislativo risedea nel popolo, e veniva per lui esercitato nella popolare adunanza, *comitia.* Il *re* ed il *senato* avean diritto di proper leggi, *legem ferre* (1), su cui nei *comizii* votavasi; in origine per *curie,* di che i soli patrizii formavan parte; più tardi, cacciati i re e finito il primo consolato, per *centurie,* cui vennero ammessi i plebei; allor solamente assunsero questi una qualche importanza, e parteciparono al potere legislativo (2). La proposta non risguardavasi siccome legge obbligatoria *lex curiata, centuriata,* se non dopo approvata dal popolo nei comizii (3). Le antiche *leges curiatae* (4) furon, si narra, raccolte, da un tal *Sextus* o *Publius Papirius, pontifex maximus,* del tempo di Tarquinio, ultimo re (5). Non ci restano di questa collezione che alcuni frammenti, e questi ancora ben dubbii (6).

§. 22. *Fonti del diritto al principio della Repubblica.*

Dopo cacciati i re, Roma (a. u. 244), addivenne repubblica ed il sovrano potere si trasferì in due *consoli* scelti, dapprima, infra i patrizii e di cui l' autorità non durava che un anno. Per tal cangiamento nella costituzione di Roma, si restrinse ogni sovrano potere nelle mani del senato e dei patrizii. I plebei erano al tutto esclusi dal partecipare al governo e dall'amministrare lo stato, intantochè i patrizii come più ragguardevoli e doviziosi, avean preponderanza ben anco nei comizii per centurie, in cui allora i magistrati si eleggevano, le

---

(1) Presso i Romani, *legem ferre,* non voleva dire, emanare una legge, ma proporla al popolo; e ciò esprimevasi ancora col *rogare legem, rogationem ferre.* Dicevasi di colui che aveva avanzata la proposta di una legge: *pertulit legem.* V. pel rimanente Eineccio *Ant. romanæ,* lib. I, tit. 2.

(2) La divisione in classi e in centurie, è invero di Servio Tullio, ma non sembra essere stata estesa che all' armata e all' imposizioni, e applicata all' elezioni e alle leggi solamente dopo l' espulsione dei re, avendo i patrizii bisogno del soccorso del popolo. - Si veda, Cicerone *de Republica,* II, 31. - Tito Livio, lib. I, 60. - Schrader, nel *Giornale critico di Tubingæ,* t. I, quaderno 2, p. 135. - Niebuhr, par. 1., ediz 2., pag. 446, e seg.

(3) Qualche volta non ostante l' approvazione del decreto dei comizii dipendeva dalla ratifica del senato. Tito Livio, I, 17. - Cf. Dionisio d'Alicarnasso, II, 14; IV, 12; IX, 41.

(4) Dette *leges regiæ,* allorchè la proposizione della legge partiva dal re. Cicerone *de Republica,* II, 13-21; V, 2. - Tito Livio, XL, 29, parla d' una collezione delle leggi di Numa ritrovata più tardi, ma soppressa dal Senato per ragioni politiche.

(5) È perciò che questa collezione porta il nome di *jus civile papiriarum:* « non quia Papirius de suo quiquam ibi adjecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit » fr. 2, §. 2, D. I, 2. Essa fu detta egualmente *lex papiria.* Servius ad Virgil. *Æn.* XII, 836. È probabile che Papirio non riunisse che le leggi attenenti al culto, o che la sua opera non fosse che un libro di formule pei sacerdoti. Il giureconsulto *Granio Flacco,* scrisse fino dal tempo di Giulio Cesare un commentario su quest' opera (*de indigitamentis*). - Glück, *De jure civili Papiriano liber sing.* In opusc., fasc. 2. - Dirksen, *Saggio della critica e della spiegazione dei fonti del diritto romano.* Leipzig, 1823, p. 234. - Daunou, sul diritto papiriano, nella *Themis,* t. V, pag. 251. - Z. Salverda, *Disp. de jure civili papiriano.* Grœning. 1825. - Zimmern, t. I, pag 27.

(6) Si trovano in Hofmann, *Historia juris,* t. II, p. 1. - Veggasi ancora Terrasson, *Storia della giurisprudenza romana,* pag. 22.

leggi votavansi. Queste cause, non che la tirannia dai patrizii esercitata contro i plebei, che il durare della guerra avea ridotti a miseria, diedero ben presto origine a grandi contese infra i due partiti, e procrearono lo stabilimento dei *tribuni del popolo* (a. u. 260.). Scelti fra i plebei, difendevano i loro diritti dalle pretenzioni patrizie, e avean persona sacra e inviolabile (*sacrosancti*) (1). Non ebber primieramente diritto, se non di opporsi alle deliberazioni dei consoli e del senato (*intercedere*) e d' impedirne col loro *voto* l'adempimento (2); ma quello ben presto egualmente arrogaronsi di proporre ai plebei, nei comizii per tribù, leggi sulle quali davano i plebei voto esclusivo, e che, adottate, assumean nome di *plebiscita*. Due nuovi magistrati veniansi al tempo stesso ad accordare ai plebei, gli *edili*. Eran questi incaricati della polizia e d' altri obietti relativi al pubblico bene; alcuni edificii ed archivii andavan del pari soggetti alla loro vigilanza speciale (3). I plebei restaron pur sempre esclusi dalle altre superiori magistrature; solo nel secondo periodo ottennero il consolato, l'edilità curule, la dittatura, la censura, la pretura, finalmente il pontificato eziandio.

§. 23. *Le XII. Tavole* (4).

La perenne lotta fra plebei e patrizj diè luogo alla legge delle Dodici Tavole, verso la fine di questo periodo (a. u. 300.) (5). Vogliousi queste considerar meno siccome un nuovo Codice di diritto privato, che come una gran legge fondamentale dello stato, per cui venne sancita una legale eguaglianza fra patrizii e plebei; venner per esse fissati i confini del poter giudiciario, che restava in mano dei consoli, e fu indicata una via da seguirsi nella procedura. In tal circostanza fu redatta in scritto una gran parte del vigente privato diritto, e le antiche leggi di ciascun popolo in particolare riunirono in un sol *diritto nazionale* (6). Questa gran legge delle Dodici Tavole, chiamata anche semplicemente *legge*, o *lex decemviralis*, a cagion dei decemviri eletti a redigerla, acquistò un massimo peso, e continuò ad essere, nei tempi poste-

(1) Tito Livio, II, 32, 33; III, 55. - Niebuhr, *Storia romana*, parte I., ediz. 2. pag. 624. - Aug. Ferd. Soldan, *Comm. de origine, causis et primo tribunorum plebis numero*. Hanoviæ, 1825.

(2) È per ciò che Cicerone *Contra Rullum*, II, 6, chiama il tribuno *præsidem libertatis, custodemque*.

(3) Dionigi d'Halyc., VI, 90. - Gelle, XVII, 20. - Varrone, *De ling. lat.*, IV, 14. - Pomponio, fr. 2, 20, 21, D. I, 2. Gli edili curuli furono creati più tardi - V. Niebuhr, parte I, ediz. 2, p. 630; parte 2. ediz. 1., p 417; 2. ed. p. 630. - Thibaut, *Dissertazioni di diritto civile*, n. 8. - Schubert, *de Romanorum ædilibus*. Regiomont., 1828.

(4) Niebuhr, *Storia romana*, parte II, p. 349-405. - Hugo, p. 97-108. - Zimmern, t. I, pag. 92. - Cf. Cicerone *de Republica*, II, 36-37.

(5) Il Tribuno Cajo Terenzio Arsa provocò primieramente questa misura colla *Lex Terentilla*, a. u. 293. V. Tito Livio, III, 32. - Cf. Ever. Otto, *Dissertatio de legibus XII tab.*; nella prefazione del suo *Thesaur. jur. rom*, t. III, e nel suo *Comment. ad Institutiones*. Francf. e Lips. 1743, pag. 617. - Gibbon, nella sua *Storia della decadenza e caduta dell' impero romano*, 44. - Bonamy, *Dissertazioni sull' origine delle leggi delle Dodici Tavole*, nelle memorie dell'Accademia delle Iscrizioni, t. 12. - Serpio Gratama, *Oratio de Hermodoro Ephesio, vero XII, tab. autore*; in Annal. Acad. Groeningianæ, 1816, 1817. - Sebast. Ciampi, *Novum examen loci liviani de legatis Athenas missis*. Vilnæ, 1821. - Wenc. Alex. Macierowski, *Legum Solonis et decemviralium comparatio, et excursus ad Livii historiarum*, lib. III, c. 34. In Ejusd. opuscul. Silloge I. Varsoviæ, 1823. - Lelievre. *Comm. antiquaria de legum XII. Tab. patria*. Lovanii, 1827. - A. C. Cosman, *Diss. de origine et fontis XII. tab.* Amstelod., 1829.

(6) Tito Livio, III, 34-56. - Niebuhr, parte 2. ediz. 1., p. 199. - Hugo, p. 100, nota 2.

riori fino a Giustiniano, la base del pubblico e privato diritto dei Romani (1).

§. 24. *Resti delle XII. Tavole.*

Le Dodici Tavole vennero esposte pubblicamente ai *rostra*, affinchè ogni cittadino fosse tenuto ad osservarle (2). Saccheggiata Roma dai Galli, si fu di nuovo a raccoglierle (3) e ritrovaronsi ancora esposte al luogo medesimo al III. secolo dell'era Cristiana (4).

Non ce ne avanzano pur tuttavia, se non alcuni frammenti, che si rinvengono principalmente nel commentario fattone da *Gajo*, e di cui solo alcuni avanzi si veggono nelle *Pandette*, in *Ulpiano*, ed in *Festo ed verbor. signif.*; e si è al Gottofredo, che noi andiam debitori di averli raccolti (5). Le *Istitute di Gajo* novellamente scoperte, non che i *Vaticana Fragmenta*, ce ne offrono così alcuni passi non alterati e sconosciuti fin ora. Quelli, che Cicerone ne ha trasmessi, non meritan tutti il nome di veri frammenti, poichè di sovente o cangiati o imitati. I più recenti saggi del riducimento delle Dodici Tavole e che di assai si allontanano dal testo del Gottofredo, si debbono a Haubold e a Dirksen (6).

SECONDO PERIODO

Dalla Legge delle Dodici Tavole a Cicerone.

(A. u. 308 - 650; 450 - 100 avanti G. C.). (1)

§. 25. *Fonti del diritto in questo periodo.*

Dopo le Dodici Tavole, i *fonti del diritto*, da cui la legislazione decemvirale fu mutata e resa compiuta, riduconsi a due somme specie, al *jus scriptum*, legislazione, e *non scriptum*, consuetudini; vuolsi fin d'ora osservare, che il diritto romano fu di dì in dì perfezionato dopo questo periodo, meno per le sue decisioni del potere legislativo, che non per lo sviluppo successivo dei principii del diritto pro-

---

(1) Ved. Cicerone, *de Leg.*, II, 23.; de *Orat.*, I, 43, 44; Cicerone fa qui dire a Crasso: *Bibliothecas omnium philosophorum unus mihi videtur XII, tab. libellus superare.* - Tito Livio, III, 44, le chiama: *Fons publici privatique juris.* - Tacito, *Ann.*, III, 27: *Finis æqui juris*; questo passo ha dato luogo a più interpetrazioni. V. Niebuhr, parte 2. ediz. 1., p. 109. - Hugo p. 102.

(2) Non si sa se in principio fossero impresse sul legno, sull'ebano o sul rame. fr. 2, §. L. D. I, 2. In luogo d'*eboreas*, lo Scaligero legge *roboreas*. Tito Livio, III, 57, dice: *in æs incisas in publico proposuerunt.* - Cf. Gibbon, *l. c.* - Zimmern, t. I, §. 31.

(3) Tito Livio, VI, 1.

(4) Cipriani Epist., II, 4.

(5) Si veda, G. Gottofredo, *Quatuor fontes juris civ.* Ginev., 1653; anco nell'Otto, *Thes.*, t. III, p. 1. - Gravina, *Origin. juris civil.*, 280. - Terrasson, *Storia della Giurisprudenza*, p. 54. - Bouchaud, *Commentario sulla legge delle Dodici Tavole.* Parigi, 1787 e 1803. 2 vol. - Bach, *Hist. jur. rom.* I, 2; edizione 6. p. 36. - J. H. Vander Heim, *de Jacobi Gothofredi meritis in rest. XII tab. fragmentis.* Lugh-Bat. 1813.

(6) Le *ultime riduzioni* si trovano in Haubold. *Institut. jur. rom. privati hist. dogm. epitome.* Lips., 1821, p. 129. - Dirksen, *Colpo d'occhio sopra i saggi tentati fino ai nostri giorni per la critica e la restituzione del testo dei frammenti della legge delle Dodici Tavole.* Leipsig, 1824. in 8. - *Legum XII Tabl. fragmenta cum variar. lectionum delectu*, ediz. C. Zell. Friburgo Brisg., 1825.

(1) Hugo, p. 363-477.

veniente dalle consuetudini, pei magistrati, e i giureconsulti (1).

§. 26. I. *Legislazione* — 1. *Leggi* (2).

Appartenevano al *jus scriptum*.

1. I decreti del popolo propriamente detti o *leges*, cioè le leggi che il popolo romano (*populus romanus*) mandava a voti e adottava nei comizii per centurie, dietro la proposta fattane da un magistrato che presedeva al senato (3).

§. 27. 2. *Plebiscita*.

2. I *plebisciti*. Erano leggi, che i soli plebei, ad esclusione de' patrizi (*sine auctoritate patrum*) mandavano a voti nei *comizii per tribù*, dietro la proposta fattane da un loro tribuno (4). Erano queste adunque in principio obbligatorie pei soli plebei, finchè i consoli *Horatius* e *Valerius* (a. u. 305) fecero approvare una legge, *ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret*, che dappoi (a. u. 416.) si venne a rinnuovare e confermare dietro la proposta del console *Publicio*; *ut plebiscita omnes quirites tenerent*, ed infine dietro quella del dittatore *Hortensio* (a. u. 465.) (5).

§. 28. 3. *Senatusconsulta*.

3. I *Senatusconsulta*. Eran deliberazioni prese dal Senato, senza l'intervento e il consenso espresso del popolo (6). Siccome le *leggi*, al diritto pubblico in special modo si riferivano (7). Avean dapprima ricusato i plebei d'assoggettarsi ai senatusconsulti: ma allorchè il senato ebbe riconosciuti i plebisciti, ed essi annuirono a riconoscere i senatusconsulti (8). I tribuni, ciò non pertanto, custodirono il diritto d' interporre il lor *veto* (9).

§. 29. II. *Consuetudini* — A. *In generale*.

Il diritto di consuetudine si formò in diversi modi, e fu pel diritto privato, senza paragone, di maggiore importanza che i fonti, de' quali abbiam tenuto parola. Componeasi esso de' *mores majorum*, o di quel diritto, che contava origine dai costumi e dagli usi degli avi, ed era da questi disceso ai loro discendenti (10); della consuetudine, *consuetudo*, o di quel diritto ch'ebbe in tutte l'età forza come opinion popolare e consuetudine (11), ed infine delle *cose giudicate* o *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*, di quel diritto, cioè, che venne formato dalle decisioni dei giudici, conformi in casi analoghi, e che ha nome in francese *jurisprudence des arrèts* (12). I

---

(1) Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, t. I, p. 2.

(2) Eineccio, *Antiq. Rom.* I, 2, §. 1-14.

(3) Gajo, I, 3. - §. 4. J. I, 2.

(4) §. 4, J. 2. - Gajo, I, 3. - Eineccio *l. c.* §. 15-17.

(5) Tito Livio, III, 55; VIII, 12. - §. 4. J. I, 2. - fr. 2. §. 8; D. I, 2. - Gajo, I, 3. - Gellio, *noctes atticæ*, XV, 27. - Teofilo, *Paraph.* ad §. 5, J. I, 2. - Niebuh II. parte, p. 414. della 2. ediz. - Le *leggi*, come i *plebisciti*, portavano il nome di coloro che li aveano proposti; per esempio, *lex Aquilia*, *lex Prætoria*, *lex Cincia*, *lex Furia* ecc. Spesso prendevano anco nome dalla dignità di colui che le avea proposte, come *lex consularis*, e qualchevolta prendevano un soprannome dall' oggetto delle loro disposizioni, come *lex Cassia agraria*.

(6) Gajo, I, 4; - §. 5, J. I, 2. - fr. 2, §. 9, 12, D. I, 2. - Eineccio, *l. c.* §. 46-54. Haubold, *l. c.* §. 156.

(7) Tito Livio, XXXIX, 3; LXI, 9. - Hugo, p. 406-414.

(8) Teofilo, *Paraph.* ad. §. 5, J. I, 2.

(9) In questo caso non v' era più *senatusconsultum*, ma una *senatus auctoritas*. Cicerone, *Ad Div.* VIII, 8. - Tito Livio, IV, 50, 56, 57. - Gellio, XIV, 7.

(10) Per esempio, fr. 1, D. XXIV, 1. - fr. 2, pr. D. XXVIII, 6. - Cicerone, *Top.* c. 5.

(11) Si vedano i luoghi indicati, §. 3. nota 5 e 6; §. 6, nota 3.

(12) Fr. 38. D. I, 3.

pretori od altri magistrati superiori, egualmentechè i giureconsulti, i primi coi loro editti gli ultimi col lavoro scientifico e la pratica del diritto, acquistaron già in questo periodo la massima influenza sulla ratifica delle consuetudini e il perfezionamento successivo dell'universale diritto. È mestieri presentare alcuna spiegazione su ambedue questi diritti.

§. 30. B. *Editti de' Magistrati* I. *Pretori*.

Negli esordii della città, il poter giudiciario risedea nei re, e dop'essi, nei consoli (1). Ma dall'anno 289. di Roma si creava in essa, allato ai consoli, un magistrato particolare, incaricato dell' amministrazion civile della giustizia. Questo magistrato avea nome di *praetor urbanus*, e primieramente era scelto fra i patrizii, quindi (dopo a. u. 418) ancora fra i plebei (2); ma solo allora egli era competente quando le due parti rivestisser diritto di cittadini romani (*inter cives jus dicebat*). Ben presto, persuadendolo il numero ognor crescente in Roma dei forestieri, un secondo pretore si elesse (a. u. 508) incaricato di giudicar delle differenze de'peregrini infra loro, o di quelle che sorgessero fra i Romani ed i peregrini (*inter cives et peregrinos jus dicebat*), e si chiamò *praetor peregrinus* (3). La carica dei pretori non durava che un anno. Nei municipii di Italia la giurisdizione civile apparteneva all'autorità municipale, e nelle provincie esercitavasi dal *praeses provinciae*. Più tardi, in special modo dopo Adriano, fu concessa questa carica, sì in Italia che nelle provincie, ad alcuni periti di leggi *juridici* (4).

§. 31. 2. *Editti dei Pretori* (5).

I pretori ebber presto, sullo sviluppo del diritto civile, la massima influenza. Il diritto propriamente parlando, *romano* (*jus civile*); non potè in ogni età applicarsi che a'Cittadini romani. Ma questi, avendo spinto il lor dominio su l'intiera Italia, e su d'assai terre straniere al di là di essa (6), si videro astretti pel lor frequente commercio co'*non Romani*; ad ammettere e ad applicare, oltre il loro antico diritto nazionale (*jus civile*), che distinguevasi pei suoi principii e per le sue forme severe, un general diritto naturale (*jus gentium*). Componeasi questo della riunione di generali verità e principii di diritto, ammessi come tali da tutti i popoli civilizzati dell'antichità (7) e non obbligava in Roma a principio se non i forestieri (*peregrini*); ma ben presto addivenne obbligatoria pei Romani istessi eziandio. Ne veniva conseguenza, che l'antico severo diritto dei Romani sempre più si avvicinasse a quel general diritto naturale, e fu sempre dovuto ai Pretori l'avere per mezzo dei loro editti, operato e regolato questo avvicinamento (8). Per tutelarsi, da un lato, dal rimprovero di arbitrarii e parziali nell'esercizio della lor carica, e per sottrarsi, dall'altro, alle *intercessioni* dei tribuni, pubblicavano, all'assumere della carica, un editto, ch'è quanto dire annunziavano, a modo di avviso, le regole di diritto, giusta le

(1) Fr. 1, 16, D. I, 2. - Tito Livio, I, 26; II, 1.

(2) Tito Livio, VI, 42; VII, 1, VIII, 15. - Eineccio, *Ant. Rom.* I, 2. §. 18-22.- H. Ph. M. Ruys Van Beerenbroek, *Diss. de Prætoribus* Leodii, 1826.

(3) Fr. 2, §. 28, D. I, 2. - Teoph. ad §. 27, J. I, 2. - Laurentius Lydus, *De Magistr. pop. rom.* I, 38, 45.

(4) Vedasi Zimmern, t. III, §. 2-25.

(5) Eineccio, l. c. §. 23, 24. - Haubold, *Inst. hist. dogm.*, §. 170, seg. - Hugo, p. 414, e seg. - Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, t. III, p. 3. - Zimmern, t. I, §. 36-41.

(6) La prima provincia era la Sicilia. Donde la parola *provincia?* - Hugo, p. 336, dice da *providentia*. - Niebuhr, III, 727, da *proventus*. - Son quì le prime tracce dell' organizzazione provinciale.

(7) §. I. J. I, 2. - fr. 9. D. I, 1.

(8) Teoph. *Paraph.* ad §. 7, J. I, 2.

quali eserciterebbero il diritto e la giustizia durante l'anno della loro amministrazione, e la via che vorrebber tenere nella procedura, *ut scirent cives quod jus de quaque re quisque dicturus esset seque praemunirent* (1). In quest'editto non aveansi unicamente a scopo il fissare dei principii al tutto nuovi; ma il più delle volte di unicamente far noto ciò che a'lor giorni erasi seguito, siccome consuetudine; allorchè rinvenivano delle omissioni nel diritto vigente, o n'estimavano a' lor di impossibile l'applicazione, offerivan di per sè le regole a tenor delle quali aveano in animo di giudicare (2); ma in su ogni altra cosa modificavano la severità dell'antico diritto civile, secondo i principii del *jus gentium* e dell'equità (3), o per mezzo di *exceptiones* e *praescriptiones*, che allora accordavano contro una domanda fondata sul diritto civile, quando sarebbe stato ingiusto, *iniquum*, di condannare il reo; o rescindendo atti d'altronde validi (*restitutiones*), o colla supposizione di alcune circostanze immaginarie (*fictiones*), ogni qual volta dei principii di equità si richiedessero (4).

§. 32. *Continuazione.*

L'editto pubblicato dal pretore al cominciar della sua amministrazione ad intuito dei casi futuri, e nello scopo di uniformarvisi durante il tempo della sua magistratura, chiamavasi semplicemente *edictum* o *edictum annuum*, o *edictum jurisdictioni perpetuae causa propositum*, o ben anco *edictum perpetuum* (5). L'editto dei due pretori di Roma chiamavasi *praetoris edictum* e avea nome di *edictum provinciale* quello pubblicato dai proconsoli o pretori di provincia. Non sempre tutti i pretori, all'assumere il lor ministero, redigevano un nuovo editto (*edictum novum*), ma per lo consueto conservavano al tutto o in parte (*edictum tralatitium*) l'editto del loro predecessore, giustachè l'esperienza ne avea sancito o disapprovato l'uso; e vi apponevano giunte o mutazioni, tutta volta che le circostanze lo richiedessero o l'utilità ne fosse palese (6).

§. 33. 3. *Edili.*

Come i pretori aveano ufficio di fare eseguir la giustizia, così affidavasi agli edili la cura della polizia. Non vi ebber dapprima che degli *aediles plebis*; si elesser dappoi ancor fra i patrizii degli *aediles curules* (a. u. 388) (7). Avean questi ul-

(1) Fr. 2, § 10, D. I, 2. - Si possono riscontrare in Gajo, I, 6, le prove del diritto, che i pretori, e gli edili curuli avevano di pubblicare editti di tal sorta. Cicerone, ad *Attic.*, VI, I; *de Invent.*, II, 22. - *Autor ad Herennium*, II, 13. - A torto Eineccio, *Hist. jur.*, lib. I, §. 67-70, e *Antiquit. jur. rom.* lib. I, tit. 2, §. 24, rimprovera loro d'avere usurpato il potere legislativo, e rovesciato per differenti *artes* il diritto civile. Contro questa opinione vedasi Bach, *Hist. juris*, II, c. 2, Sect. 3, §. 9, 12, e particolarmente Hugo, *l. c.*

(2) Papiniano fr. 7. D. I, 1, dice che i Pretori avevano introdotto il lor diritto, *adjuvandi vel supplendi*, *vel corrigendi juris civilis causa*, *propter utilitatem publicam.*

(3) *Æquitas*, spesse volte è usata per contrapposto *ad jus strictum*; per esempio fr. 2, §. 5, D. XXXIX, 3, *hæc æquitas suggerit, etsi* jure *deficiamur.*

(4) Gajo, IV, 34, seg. 57, 116, 117, 119. - Pr., §. 1-6. J. IV, 13. - Zimmern, t. III, §. 91, 96, 101.

(5) Non fu, come si è creduto, sotto Adriano che quest'editto si disse *perpetuo*. *Editto perpetuo* non significa niente più che *editto annuale*. Asconius Pedianus ad Cic. *Orat. pro Corn. maj. reo.* - Hugo, p. 416. 417.

(6) Gli *edicta repentina*, o *prout res incidit*, chè si oppongono ordinariamente all'editto perpetuo (fr. 7. pr. D. II. 1), non appartengono a questo luogo. Non erano che disposizioni emanate dal pretore in casi particolari. Come per esempio gli *edicta peremptoria*, nei fr. 68-70. D. V, 1. - C. 8, c. VII. 43. - Schweppe, §. 552.

(7) Tito Livio, VII, 1. - Pomponio

timi, a somiglianza dei pretori, il diritto di emanare (1), entrando in carica, un editto che contenea più che altro, a dir vero, statuti di polizia, ma che non restava infrattanto inutile pel diritto privato (2). Il diritto, che per gli editti dei pretori e degli edili si venne a introdurre, assunse nome di diritto onorario, *jus praetorium seu honorarium* (3).

§. 34. C. *Dei giureconsulti.*

I. *Responsa prudentum.*

I giureconsulti (*prudentes, jureconsulti*) ebbero sopra la perfezione del diritto una influenza pari a quella dei pretori e degli edili (4). Quando, infatti, furono stabiliti i più notabili principii del diritto, dalle Dodici Tavole e dall'Editto, i giureconsulti a dilucidarli per mezzo di interpretazioni, e renderli applicabili in pratica; a determinare, al tempo istesso, le formule, secondo le quali quei principii dovessero porsi in uso. Quegli, adunque, che non era di per sè perito della scienza delle leggi, era astretto a rivolgersi ad un giureconsulto, per gli affari, che gli sorgiungevano, e richiederlo dei suoi consigli e del suo patrocinio. Questi allora gli esternava il parer suo (*responsum*), o difendeva innanzi al foro la causa (*disputatio fori*) (5), o indicavagli in qual modo dovesse intentare un' azione o contrarre atti validi. Di questa guisa, egualmentechè pel lavoro scientifico del diritto, nacquero grado a grado assai regole e teorie. Si furono queste dottrine introdotte dai giureconsulti, ch'ebber nome di *auctoritas prudentum*, *sententiae receptae*, o ben anco di *jus civile*, nel più stretto significato (6).

§. 35. 2. *Scritti dei giureconsulti.*

Ben scarso numero di lavori scientifici rinviensi in questo periodo. I soli patrizii e pontefici in principio aveano esatta cognizione delle formole di azioni e di procedura (*legis actiones*) (7), e del calendario giudiciario (*dies fasti et nefasti*) (8). Assai

---

in fr. 2, §, 26. D. I. 2. - Eineccio, *l. c.* §. 25-27.

(1) §. 7. J. I. 2. - Teofilo, ad §. 8, J. I. 2.

(2) L'*actio redhibitoria*, e *quanti minoris*, ha la sua origine nell'editto degli edili. D. XXI, 1. - fr. 27, §. 28, D. IX. 2

(3) Senza dubbio, così chiamato *ab honore prætoris*, cioè dal potere che avevano i pretori e gli edili di esercitare questa giurisdizione §. 7. J. I, 2. - fr. 2. §. 10. D. I. 2. - fr. 7. §. 1. D. I. 1. - Hugo, p. 417. - G. Parker de Ruyter Rochay de la Renay, *De juris onorarii auctoritate in jure Romanorum privato*. Lugd. Bat., 1827.

(4) Eineccio *Antiquit.*, lib. 1, tit. 2. §. 29-37. - Schweppe, §. 552.

(5) Fr. 2. §. 5. D. I. 2. Non è ben certo il senso che Pomponio ha annesso alla *Disputatio fori*. Era probabilmente la domanda e la risposta giudiciale d'una contestazione, lochè dicesi in Italiano *arringare*. Si veda Eineccio *l. c.* I. 2. 35. - Bach. *Hist. jur.*, lib. II. c. 2. sect. 5. §. 1. - Hœpfner, *Comm.* §. 57. nota 3. - Haubold, *Inst. hist. dogm.* §. 197.

(6) *Jus civile* presso i Romani ha un significato differente, secondo le parole cui va congiunto. 1. Nel senso il più esteso, quando non è accompagnato da alcuna parola, significa *Diritto positivo* d'uno stato in generale, *jus civitatis proprium*, *quod quisque populus ipse sibi constituit* Vedasi fr. 9, D. I, 1, e §. 1. J. I, 2. - 2. Significa principalmente il *Diritto positivo* dello Stato Romano, in opposizione col *Jus gentium*. Veggasi §. 1. J. I. 2. e Cic. *Top.* c. 5. - 3. In senso meno esteso significa solamente il *diritto romano*, il quale non è il *jus honorarium*; in conseguenza le *leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta*, *auctoritas prudentum*, e dopo anco le *constitutiones principum*. Si veda fr. 7, D. I, 1. - 4. In senso stretto vuol dire *auctoritas prudentum* e *disputatio fori*. Vedasi fr. 2. §. 5.12. D. I. 2.

(7) Fr. 2, §. 6. D. I, 2. - fr. 77; fr. 123, pr. D. L. 17, e Gajo. IV, 11-20. - Haub., *Inst. jur. rom.*, ed Otto, §. 228.

(8) Il Calendario romano fissava esattamente i giorni in cui si poteva render giustizia (*dies fasti*), quelli in cui non

tempo, onde conservar soggetti i plebei, le custodirono, a ciò che si narra, segrete (1), finchè un tal *Cn. Flavius*, segretario del giureconsulto *Appius Claudius*, gli sottrasse una raccolta, ove erano ordinatamente riunite queste *legis actiones* (a. u. 449.) e la fe' di pubblico dritto (2). Quest'opera s'intitolò dal nome di lui, *Diritto Flaviano* (3). Quest'istesso Flavio diè in luce altresì i *dies fasti*, di cui alcuna esperienza aveangli acquistata le questioni, che di sovente rivolgea ad Appio Claudio (4). Si fe'di allora il diritto objetto agli studii della plebe eziandio , e *Tiberius Coruncanius* , primo fra i plebei assunto all' onor del pontificato (a. u. 452.), vien risguardato del pari siccome il primo plebeo, che pubblicamente insegnasse il diritto (5). Ma in proceder di tempo, giugnendo il diritto a perfezione, e nuove azioni e nuovi affari di diritto abbisognando di formole nuove, cento anni dopo (a. u. 552.), un tal *Sextus Aelius Catus* radunò e diè in luce un nuovo libro di formole, *(alias actiones composuit)*, che da lui ottenne nome di *Diritto eliano* (6). I *Commentarii juris* di M. Porc. Catone l'antico sono la prima opera scientifica di diritto apparso in questo periodo (7). Non vuolsi passar sotto silenzio in questo periodo *M. Porc. Catone*, il figlio (8); i tre giureconsulti, che *Pomponio* dice aver gettati i fondamenti dei lavori operati in sul diritto civile *(qui fundaverunt jus civile)*, e scritti su tal subjetto più libri; *Publius Mucius Scaevola, Marc. Junius Brutus,* e *Manilius* (9) , cui vengono attribuite le *actiones manilianae,* cioè le formole del contratto di compera (10); poi *Lucius Crassus*, fratello di Publio Muzio Scevola (11); infine *Q. Mucius Scaevola*, soprannominato l' Augure , figlio di *Publio Muzio*, onde ora abbiam fatta parola (12) ; e *Hostilius*, l'autore delle *actiones hostilianae*, verosimilmente le formule testamentarie (13).

---

era permesso *(dies nefasti)*, infine quelli, una parte dei quali poteva consacrarsi all'amministrazione della giustizia (*dies intercisi)*. Ovidio dice a tal proposito *Fast.* I, 47.

> Ille nefastus erit per quem tria verba silentur ;
> Fastus erit per quem lege licebit agi.

Queste tre parole sono: *do, dico, addico*; esse indicavano la estensione del potere pretoriano. Varrone , *de lingua latina* , V. 4.

(1) Fr. 2. §. 6. D. I 2. - fr. 2. §. 35. ib. - Cicerone *de leg.*, lib. II. c. 19. ; *pro Murena*, c. 11.

(2) Non è ben sicuro se ciò fu di consenso, o contro il volere d'Appio Claudio. - Pomponio, fr. 2. §. 7. D. I. 2. dice : *Subreptum librum populo tradidit*; Plinio , *Hist. natur.*, lib. XXXIII, c. 1 : *cujus hortatu exceperat eos dies.* - Tito Livio, lib. IX. cap. 46, parla solamente della pubblicazione di quest' opera. Secondo Cicerone, *pro Murena* , c. 11 , i giureconsulti probabilmente si adontarono che questa pubblicazione fosse stata fatta, ma Flavio era talmente favoreggiato dal popolo, che fu nominato tribuno del popolo, senatore e edile curule. Pomponio, *l. c.* - Niebuhr, III, p. 376. e seg.

(3) Si veda Hugo, p. 449 e seg.

(4) Plinio, *Hist. natur.*, lib. XXXIII, c. 1.

(5) Fr. 2, §. 35, D. I. 2.

(6) Fr. 2. §. 7. *in fine.* D. I. 2. Lo stesso Sesto Elio scrisse anche un compendio di diritto civile, col titolo: *Tripertita*, fr. 2 §. 38. ib.

(7) Fr. 2, §. 28. D. I. 2. - Tito Livio, XXXIX, 40. Cicerone, *de Orat.*, I. 37. ; II. 33. - Festus, alla parola *Mundus.*

(8) Fr. 2. §. 38. D. I. 2. - G. C. Brillenburg, *de Jurisprudentia M. P. Catonis censoris eiusque filii.* Lugd. Bat. 1826.

(9) Fr. 2. §. 39., D. I, 2. - Haubold , *l. c.*, §. 193.

(10) Varrone, *de re rust.*, II. 5.

(11) Cicerone, di cui fu maestro, lo chiama: *jurisconsultorum disertissimum.* — fr. 2, §. 40, D.I, 2. - Cicerone. *Lael.*, c. 1; *pro Balbo*, c. 20. - Valerio Massimo, VIII, 12.

(12) Fr. 2, §. 41, D. I, 2. - Cic., *de Orat.* I, 39,

(13) Cicerone *de Orat.*, I, 57.

TERZO PERIODO

Da Cicerone fino ad Alessandro Severo.

(A. u. 650-1003, 100 avanti G. C. fino a 150 dopo).

Gl'interni agitamenti, che detter luogo ad una mutazione nello Stato, traevano origine:

1. Dalla divisione delle terre comuni, verso la quale sì di sovente eransi eccitati gli animi (1).

2. Dalla comunione tanto desiderata di tutti gli abitanti d'Italia al diritto di cittadinanza (2).

3. Dalla mira di accordare alla classe dei senatori, quindi a quella dei cavalieri, una qualità politica di fronte alla terza classe, specialmente in quanto ai tribunali, onde inalzare, sotto Silla, l'elemento aristocratico (3). Abbattimento di costumi, disprezzo per la religione e per le instituzioni degli avi, tirannia di coloro, che aveano fra le mani il potere, ed atti di violenza praticati fra i particolari, tutto ciò diè opera a distruggere al tempo stesso il potere e l'autorità dello Stato, e la morale del popolo. Restò senza effetto ogni desiderio, ogni tentativo di far tornare a vita lo spirito dell'antica repubblica.

§. 36. b. *Mutazioni introdotte nella costituzione romana.*

Al cominciar di questo periodo, rivestiva pur ancora lo stato romano il nome e l'apparenza di repubblica, ma nella realtà uomini di vasto potere esercitavano ormai un potere monarchico. *Cesare Ottavio*, soprannominato *Augusto*, si pose a capo della somma delle cose dopo la disfatta di *Antonio* alla battaglio di Azio (31. av. G. C.) assumendo il titolo di *princeps reipublicae*, ed in sè riunendo le più importanti infra le antiche dignità della repubblica (4). Questa, soggetta al dominio di lui, vide pur tuttavia rispettare le sue forme; ma sotto i suoi successori non rimase di quelle a poco a poco vestigio; la potestà dei *principes* di dì in dì non conobbe confini, e degenerò in un crudel dispotismo (5). Il potere legislativo dalle mani del popolo si trasferì a poco a poco in quelle degl'imperatori, e le loro costituzioni offeriron ben presto un nuovo e fecondissimo fonte al diritto pubblico e privato.

§. 37. *Fonti del diritto in questo periodo.* — I. *Plebisciti.*

Ai cambiamenti, ch' ebbe a soffrire in questo periodo il diritto privato, dettero occasione dapprima i decreti del popolo, chiamati pur sempre *leges* o *plebiscita*, e il cui numero non mai sì fattamente si estese quanto durante le guerre civili, che agitaron lo stato al cominciar di questo pe-

(1) Appiano, *De bello civ.* I. 7, 8. Plutarco, *T. Gracch.* 8, 9. - Floro, III, 13. - Varrone, *De re rust.* I, 2. §. 9. - Niebuhr, II. p. 694.

(2) Appiano, I, 21, 23, 34, 35-39, 49, 53, 64-67. - Plutarco, *C. Gracch.* 5, 8. Perciò il diritto romano divenne ad un tratto quello di tutta Italia.

(3) Appiano, I, 22, 35. - Plutarco, *T. Gracch.* 16; *C. Gracch.* 5; *Pompejus*, 22.

(4) Poichè egli avea la *potestas tribunitia*, il *proconsulare imperium*; era *imperator*, *praefectus morum*, *pontifex maximus*, e fu spesso ancora *console*.

(5) Tacito, *Annales*, I, 1, e seg.

riodo (1). Havvene molti in questo numero, ch'ebbero e conservarono per lungo tratto di tempo una grande importanza pel diritto civile (2), ed ottennero più tardi larghi comenti dai classici giureconsulti. Ma più illimitato addivenne, nel volger di questo periodo, il potere dei principi, più a farsi rari i decreti del popolo, nè più se ne trova parola verso il fin del periodo.

§. 38. 2. *Senatusconsulta.*

Questi cambiamenti vennero in secondo luogo operati dai *senatusconsulti*, i quali, dacchè specialmente i plebisci cominciarono a farsi più rari, addivennero un fonte di diritto di assai maggiore importanza ancora che non per lo innanzi, e conservarono la loro influenza fino al termine di questo periodo. Dei nomi speciali essi ottennero, siccome quello o del console, che proteggevali (3), o dell'imperatore, che ne facea la proposta, sia per lettera (*per epistolam*) sia a voce (*ad orationem principis*) (4), o quello ben anche della persona, che lor dava origine (5).

§. 39. 3. *Constitutiones principum.*

In terzo luogo questi cambiamenti trasser nascita dalle costituzioni dei principi, che furono in questo periodo nuovi fonti del diritto. Allorchè a Roma, infatti, più nulla avanzava della sua libertà, tranne le forme, e allorchè le cariche trovaronsi riunite, pel corso intero di sua vita, nel principe, questi, giusta il costume degli antichi magistrati della repubblica, cominciò ad emanar decreti e costituzioni, in virtù delle cariche, che esercitava (6). Si diè loro nome di *placita* o *constitutiones principum* (7); e comechè, in quest'epoca, dell'appello, che s'interponeva dalle decisioni dei tribunali ordinarii, venisse giudicato dagli imperatori, si vider questi ben presto obbligati ad erigere

---

(1) *Corruptissima republica plurimae leges*, dice Tacito, *Annales*, III, 27.

(2) La più rimarchevole in questo periodo pel diritto civile è la *lex Julia et Papia Poppæa*. - Vedasi G. Gotofredo, *Quatour fontes Jur. civ.* Ginevra, 1653. - Eineccio *Comm. ad leg. Juliam et Pap. Popp.* Amstel., 1762. - Bach. *Hist. Jur.*, lib. III, c. 1. sect. 2, §. 8. - Hugo, p. 755. - Zachariæ, *Storia del diritto romano*, p. 212. - Cf. Haubold, *Inst. lit.*, t. I. p. 317. - Zimmern, *R. G.* I, §. 23, 172-175. - J. I. Keuker, *Diss. de rest. legis Juliæ et Papiæ Poppæa.* Leodii, 1830.

(3) Per esempio *Senatusconsult. Silanianum*, sotto Augusto. - *Senatusconsult. Vellejanum*, sotto Claudio. - *Senatusconsult. Trebellianum*, sotto Nerone. - *Senatusconsult. Pegasianum*, sotto Vespasiano.

(4) Per esempio, più *Senatusconsulta Claudiana*. - *Senatusconsultum Neronianum.* Si veda ancora fr. 8. D. II, 15. - fr. 3. D. XXIV, 1. - fr. 52. §. 10, D. XVII, 2. - fr. 1. D. XX, 2.

(5) *Senatusconsult. Macedonianum*, di un tal *Macedo*, che uccise suo padre per appagare i suoi creditori. - Teofilo, al §. 7. J. IV, 7. - fr. 1, D. XIV, 6. Non ostante ciò pare non avvenisse che in questo solo Senatusconsulto. - Hugo, p. 738, 775.

(6) Hugo, *RG.* p. 743. - Zimmern, *RG.* t. I, §. 44, 45.

(7) Fr. 1, pr. D. I, 4: « Quod *principi placuit*, legis habet vigorem: utpote cum *lege regia*, quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. » - Gajo, I. 5: « Constitutio principis est, quod imperator *decreto* vel *edicto*, *epistola* constituit, nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator *per legem* imperium accipiat. » - §. 6, J. I, 2. - Sulla *Lex regia*, vedasi Eineccio, *Antiquit*, lib. I, tit. 2, §. 62-67, in cui trovasi un frammento di questa legge. — Bach. *Hist. jur.*, lib. III, c. 1, sect. 1, §. 3. seg. - Haubold, *Inst. hist. dogm.*, §. 57, nota *b*. - Hugo, pag. 720. — Zachariae, *Storia del diritto romano*, pag. 210. - Zimmern, t. 1, §. 43. - V. specialmente, Niebuhr I, p. 381, con invio a Cicerone, *De Rep.* II 13, 17, 18, 21.

un consiglio di sommi magistrati e di giureconsulti, a cui rinviasser gli affari, che sottometteansi alla lor decisione e sentenza. Questo consiglio chiamato *auditorium principis* (1), in breve addivenne il supremo tribunale di tutto l'impero. I giudizii e le decisioni in su questioni di diritto, che per esso in nome dell'imperatore emanavansi, *decreta*, le istruzioni, che indirizzava o a privati o a magistrati, si disser *rescripta*.

§. 40. 4. *Edicta praetorum*.

S'introdussero in quarto luogo delle modificazioni dagli editti dei pretori; imperocchè i pretori, e gli edili in Roma, del pari che i proconsoli e i vice-pretori nelle provincie, continuarono anche nel volger di questo periodo a pubblicare un editto nel loro ingresso alla carica. Ma, comechè alcuni si facesser lecito di allontanarsi dal loro editto, secondo che lor più fosse a grado, Cornelio, tribuno della plebe, fece ammettere (a. u. 687) una legge che ingiugneva*: ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent* (2). Ad onta di tal precauzione, andaron pur sempre gli editti soggetti a variazioni, ma del resto meno frequenti che per lo innanzi.

§. 41. *Lavori sull'Editto pretoriano. Ofilio.*

Siccome l'editto pretoriano da gran tratto di tempo costituiva uno dei principali fonti del diritto privato, venne così a formare l'objetto dei lavori letterarii e dello insegnamento; ma fu mestieri, su tutto, disporre in un certo ordine questa massa informe di regole incoerenti, formata di addizioni e cangiamenti particolari in diversi tempi, spogliarla di ciò, che era disusato, riunir quelle cose che avevano fra lor relazione. e distinguere il tutto in parti, perchè più agevole se ne rendesse la generale disamina. Primo a distinguersi in questo lavoro fu *Ofilio* (3), un amico di Cesare, intantochè Servio Sulpizio, maestro di Ofilio, e che da vincoli di amicizia era stato legato a Cicerone per tutta la vita, non avea posta insieme che una succinta raccolta del diritto pretoriano (4).

§. 42. *Nuova redazione dell'Editto per opera di Salvio Giuliano.*

Abbenchè di un gran merito e di una grande utilità pei suoi contemporanei si fosse l'opera di Ofilio, non era tuttavia che il lavoro di un privato, destituto d' ogni autorità. Così l'editto d'Ofilio andò soggetto agli am-

(1) Questo consiglio imperiale non solamente si occupava di questioni di diritto, ma li affari dello stato erano egualmente trattati da lui, e sotto questo rapporto dicevasi ancora *consistorium principis*. Ved. Haubold, *De consistorio principum romanorum*; in ejusd. opusc. ed Wenck, vol. I, n. 4. 5. - Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, t. I. p. 79.

(2) D. Cassio, XXVI, 23. - Ascon. Ped. *Ad Cic. pro Corn. maj. reo*. - Eineccio, *l. c.*, §. 23

(3) Pomponio dice di lui, fr. 2, §. 44, D. I, 2: « Edictum prætoris primus diligenter composuit »; lo che non vuol dire che egli scrivesse sull'editto, e molto meno che egli facesse un editto, poichè sarebbe abbisognato che egli fosse pretore, e non lo fu giammai.

(4) « Ante eum (Ofilium) Servius duos libros ad Brutum per quam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit. » - Pomponio, *l. c.* - Cf. fr. 5. §. I. D. XIV, 3. - Si sa che si narra di Cesare, che voleva « *jus civile ad certum modum redigere* » (Svetonio, Isidoro). Hugo, p. 719; in conseguenza riunire i plebisciti, i senatusconsulti; si vede così che, secondo la natura dell'objetto, la collezione di diritto si divideva in collezione del diritto civile, cioè del diritto della legislazione propriamente detta, e in collezione del diritto pretoriano, cioè del diritto, proveniente dalla giurisprudenza.

pliamenti ed alle mutazioni, e, in proceder di tempo, si sentì la necessità ognor più imperiosa di farlo emendare sotto gli auspicii dell'autorità pubblica. Di tal maniera duraron le cose, finchè *Salvius Julianus* pervenne alla pretura sotto Adriano. Molte circostanze si congiunsero a dargli agio di por rimedio a quel male, con una nuova composizione dell'editto, in modo proporzionato alla meta, ch'era d' uopo proporsi (1). Era Giuliano un grande giureconsulto, e, come tale, potente ad imprender quell'opera (2). Pretore, o per lo meno designato alla pretura (3), più lungi estendevansi i suoi privilegii che non quelli d'un semplice privato : potea correggere , tor via , fare addizioni. Aggiugni a ciò la sua impresa esser confortata dei consigli d'Adriano e sostenuta della sua autorità (4). Degli editti dei pretori egli conservò tutto ciò, ch'ancora era in uso ai suoi giorni, abbreviando, per quanto il poteva (5), e togliendo via tutto ciò ch'esser potesse contraditorio: rimosse ogni cosa disusata, altre ne mutò ed aggiunse secondo i bisogni del secolo (6), e il tutto dispose e divise per ordine di materie (7). Adriano confermò quest' opera con un Senatusconsulto (G. C. 131.) (8), e da quel tempo restò in realtà l'editto qual era e formò uno dei precipui objetti dell'istruzione (9). Fu comentato da Giuliano istesso (10); e dopo lui da molti altri ancora, fra i quali primeggia Ulpiano (11), e ne fecero dei commentarii (12).

§. 43. 5. *Responsa prudentum.*

I *responsa prudentum* furono la quinta causa dei cambiamenti, che provò il diritto privato. In ogni età, presso

---

(1) Dicesi ancora di lui : « *perpetuum edictum composuit* ». Eutropio, lib. VIII, c. 17. - Aurel. Vittor, *De Cæsar.*, c. 19, dice certamente a torto, dell imperatore Didio Giuliano : « *qui primus edictum, quod varie inconditeque a prætoribus premebatur, in ordinem composuerat* ». - Giustiniano parla di questa *compositio edicti*, paragonandola alle sue *compositiones*. Const. Tanta, de confir. Dig., §. 18. - Hugo, p. 795, e Zimmern, t. I, §. 40.

(2) È chiaro per queste parole che egli pronunziava sovente, quanto amava le scienze. *Etsi alterum pedem, in tumulo haberem, non pigeret aliquid addiscere*, fr. 20 D. XL, 5.

(3) Si rileva che egli divenne pretore dal fr. 5, D. XL, 2. - Biener, *l. c.*, p. 21, crede non ostante che egli non componesse l' editto che dopo la sua pretura.

(4) Si veda Const. Dedit de confirm. Dig., §. 18. *Sedet D. Adrianus piæ memoriæ, quando ea, quæ a prætoribus quotannis edicta fuerant, brevi complexus est libello, adsumpto, ad id optimo Juliano.*

(5) Si veda nella costituzione medesima : *brevi complexus est libello*

(6) Nel fr. 3, D. XXXVII, 8, si parla di una *nova clausula*, che proviene da Giuliano.

(7) Giustiniano lo dice : *ordinatorem edicti prætorii perpetui*. Ved. Const. 10, c. IV, 5.

(8) Const. Dedit de confirm. Dig., §. 18.

(9) Biener, *l. c.* §. 4, 5. - Wuesteman, *Rivista a Teofilo*, t. I, p. 36 e seg. - Zimmern, §. 40.

(10) Sotto il titolo: *Digestorum lib. XC.*

(11) Ulpiano scrisse ancora, *lib.*LXXXIII *ad edictum prætoris*, di cui i primi 81. sono un commentario all' editto del pretore, e le altre due un commentario all' editto degli edili.

(12) Noi non abbiamo più che dei frammenti dell' editto istesso. Si trovano presso Guil. Ranchini, *Edictum perpetuum Salvi Juliani restitutum*; in *Meermani Thes.*, t. III, p. 235; in G. Gottofredo, *Quatuor fontes jur. civ.*, copiati da quest' ultimo nell' Otto, *Thes.*, t. III, e in Hoffmann, *Historia jur. rom.*, vol. II, p. I, p. 305. - La raccolta la più completa che ne è stata fatta è quella di Wieling, *Fragm. edicti perpetui.* Franc. 1733. L' istoria dell' editto è stata scritta da Eineccio, *Hist. edictor. et edicti perpetui.* In opusc. posth. Halæ, 1744, p. 1-274, e in op. t. VII, sect. 2, p. 1-280. Si veda sulla letteratura dell' editto Haubold, nel *Magazzino* di Hugo, t. II, pag. 288 et ejusdem. *Inst. litter.*, t. I, p. 331. Vedasi ancora Haubold, *Inst. jur. rom. priv. histor. Dogm. Epitome.* Lips., 1821, p. 137. e seg. in cui si trova il nuovo saggio per ristabilirlo.

i Romani (1), ottennero grande estimazione i giureconsulti, e i semplici privati ed i magistrati aveano usato far loro ricorso, onde prendere il loro parere su'dubbii casi che si presentavano. Tutti i giureconsulti aveano libertà di risponder *de jure,* e le loro risposte, innanzi Augusto, godeano di pari autorità; non era questa autorità, a dir vero, quella della legge, ma quella di un uomo, che professava la legge. Augusto pel primo fe' concessione ad alcuni prestanti giureconsulti dello special privilegio di rispondere in suo nome; dal che avvenne di necessità acquistare più di estimazione i pareri di questi giureconsulti. Adriano fissò in un modo ancor più preciso di qual grado di autorità dovesser godere queste risposte, decretando che allorchè le sentenze dei giureconsulti, ch'aveano facoltà di rispondere, fossero unanimi, avrebber forza di legge (*legis vicem*) e loro si uniformerebbero i giudici; e allorchè andasser disparate, il giudice adotterebbe quella, che più giudicasse consentanea all'equità (2). La libertà, che aveano in generale gli altri giureconsulti di rispondere sulle questioni del diritto, ritenne una inferiore autorità, ed ebbe lo stesso valore che per lo innanzi: ma non fu ristabilita da Adriano, come si tenne opinione (3). Noi abbiamo già veduto di qual peso fossero le lor decisioni (4).

§. 44. 6. *Scienza del diritto.*

In sesto luogo, i lavori spesi dai sapienti in sul diritto, contribuirono anche essi ai cambiamenti introdotti nel diritto civile; conciossiachè lo studio del diritto, confortato dalla filosofia e dalla letteratura greca, aggiungesse in breve il segno più luminoso della sua gloria (5). I profondi giureconsulti di Roma, in allora viventi, guidati da una mente illuminata e investigatrice, corsero a gran passi le vie di questa scienza, e la condussero ad un alto punto di perfezione. Da ciò nacque costume di chiamarli, *giureconsulti classici.* Conteneano i loro scritti degli schiarimenti e delle spiegazioni, che sui fonti del diritto niente lasciavano a desiderarsi, e vennero da sì grande estimazione pro-

---

(1) C. A. Den Tex, *Oratio de insigni honore quo abiti fuerunt, cum philosophi apud Græcos, tum Romæ jurisconsulti.* Amsel., 1820.

(2) Gajo, I, 7. - Cf. §. 8, J. 2, e Teofilo, al §. 9, ibid.

(3) Vi son molti i quali credono che Adriano rendesse ai Giureconsulti la libertà di rispondere che Augusto aveva lor tolta, permettendo di farlo a qualcuno solamente, a causa del fr. 2, §. 47, D. I, 2. « Et ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur: Sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant; sed plerumque judicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur constituit ut ex auctoritate ejus responderent, et ex illo tempore peti hoc pro beneficio cœpit: et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri prætorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis, *hoc non peti sed præstari solere: et ideo si quis fiduciam sui haberet, delectari se: populo ad respondendum se prepararet.* Ved. Vinc. Gravina, *De ortu et progressu juris civilis,* §. 42. - E. L. Van Middelstum, *Diss. hist. critica ad L. II,* §. 47, D. *de orig. juris,* Grœn., 1829.

(4) Vedasi Hugo, p. 210. - Warnkœnig, a Gibbon, p. 118. - Gans, *Scolie su Gajo,* p. 19. - A. C. Holtius, *De autoritate Jctorum romanorum*; in Comment. instituti belgici. Amstelod. 1822. - Schrader, *Che acquista l'istoria del diritto romano per le Institute di Gajo?* p. 35. - Du Caurroy, *Su i responsa prudentum Themis,* t. II, p. 17., *Giornale per la giurisprudenza istorica,* t. IV, pag. 484, et *Themis,* t. VII, p. 62.

(5) Christ. Ger. Frid. Meister, *De philosophia Jctorum romanorum stoica.* Gœtt. 1756. - J. Andr. Ortloff, *Dell' influenza della filosofia stoica sulla giurisprudenza romana.* Erlangen, 1797. - Zimmern, t. I, §. 62.

seguiti, che le decisioni dei tribunali prendean norma dai loro pareri, sì perchè di sovente ricoprivano le cariche più eminenti, sì perchè adibendo, siccome facevasi, l'uso delle Dodici Tavole e dell'Editto, non potea farsi a meno delle loro dotte spiegazioni. Dai loro scritti poi, per ordine dell' imperatore Giustiniano, si traevano le *Pandette* (1).

§. 45. 7. *Giureconsulti celebri innanzi Augusto* (2).

I più celebri giureconsulti di questo periodo, innanzi Augusto, sono: * *Q. Mucius Scaevola* (3), *Aquilius Gallus*, lo stesso *M. Tullius Cicero* (4), *Servius Sulpicius Rufas* (5), * *Alfenus Varus* (6), *Ofilius*, *Trebatius Testa* (7), *Cascellius* (8), *Tubero* (9), * *Ælius Gallus* (10), *Granius Flaccus* (11).

---

(1) Ecco il testimonio, che rende Leibnitz a questi uomini ed ai loro scritti: *Dixi sæpius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanorum jurisconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis.* Op. vol. IV, P. III, p. 267. In appresso: *Ego digestorum opus vel potius auctorum, unde excerpta sunt, labores admiror, nec quidquam vidi sive rationum acumen, sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem.* Epist., t. I, 119. - Cf. *Commercii epistolici Leibnitiani typis nondum vulgati specimina.* Ed. J. G. H. Feder. Hannov., 1805., p. 145, e Savigny, *Istoria del diritto romano nell' età di mezzo*, t. I, p. 4.

(2) V. Pomponio, fr. 2, §. 41-47, D. I, 1. - Vinc. Gravina, *De ortu et progressu juris civilis*, §. 46, seg. - Hoffmann, *Hist. juris* P. I, (1734) p. 312, e seg. - Hugo, p. 817, e seg. - Neuber, *I giureconsulti classici dei romani*, I. parte. Berlino, 1806. - Zimmern, t. I. §. 53-103. - De Weyhe, *Libri tres edicti*, p. 8, seg.

(3) Pomponio, fr. 2, §. 41. cit., disse di lui: *Jus civile primus constituit, generatim in libros decem et octo redigendo*, e Cicerone, *de Horat.*, I, 39, lo chiama: *Hominem omnium et disciplina juris civilis eruditissimum et ingenio prudentiaque acutissimum juris peritorum eloquentissimum, eloquentium juris peritissimum.* Cicerone; *Brutus*, c. 39-40. - J. C. Van Randwyck, *Spec. continens vitas Jctor. roman. Quinti Mucii Scævolæ et Publii Rutilii Rufi.* Groening., 1806.

(4) A parlar propriamente, Cicerone non era giureconsulto, ma oratore e filosofo, possedeva tuttavia molta cognizion del diritto; ed i suoi scritti; ed in special modo, le sue arringhe, in cui ora comparisce come attore, ora come difensore, sono della più alta importanza per lo studio del diritto antico; e sono stati, sotto questo rapporto, l'objetto di molti lavori. Vedi quanto alla letteratura di questa parte. Haubold, *Inst. jur. rom. Inst. dogm.* Ed. Otto (1826), p. 146, nota c. - P. C. Massé, *De M. Ciceronis orat. in Corn. Verrem. de jurisdictione siciliana.* Lugd.-Bat., 1824. - J. K. Klerk, *De M. T. Ciceronis orat. pro Cælio.* Ibid., 1825. - A. C. Rovers, *Diss. in M. T. Ciceronis orationem pro Roscio Comœdo.* Traj. ad Rhen., 1826. - P. J. Elont, *Ad M. T. Ciceronis orat. pro Balbo*, Lugd.-Bat., 1828. - M. Schaaf Gratama. *De M. T. Ciceronis philosophia de jure civitatis et imperii principiis.* Groening., 1827. - Ed. Platnerus, *De iis partibus librorum Ciceronis rhetoricorum, quæ ad jus spectant.* Marb., 1829. Ed. secunda, 1831.

(5) Cicerone, *Bruto*, c. 41. - fr. 2. §. 44. D. I. 2. - Ever. Otto, *De vita et scriptis Servii Sulpicii*; in ejusdem Thes., t. V, pag. 1549.

(6) Ever. Otto, *Alfenus Varus*; in ejusd. Thes., t. V, p. 1633.

(7) Nic. Hier. Gundling., *G. Trebatius Testa*; cum præf. de Jctis rom. illustribus. Gottl. Aug. Jenichen. Lips., 1736.

(8) Ever. Gothofr. Lagemans, *Dissert. de A. Cascellio Jcto.* Lugd.-Bat., 1823.

(9) P. H. S. Vader, *De Q. Ælio Tuberone Jcto, ejusque quæ in digestis, extant fragmenti.* Lugd.-Bat. 1824.

(10) *C. Ælii Galli Jcti de verborum quæ ad jus civile pertinent significatione fragmenta.* Recensuit continuaque animæ versione atque excursibus illustravit. Car. Guil. Ern. Heimbach. Lips., 1823.

(11) I nomi segnati da un asterisco sono stati estratti dalle Pandette. V. *Index Jctorum Fiorentinus*, che si trova nell'edizione di Goettingue e in quella di Beck del *Corpus juris civilis.* - Hoffmann, *l.*

§. 46. *Scuole e Sette dei giureconsulti, dopo Augusto.*

Dopo Augusto i giureconsulti, ch'aveano autorità di risolvere le questioni di diritto, che loro si presentavano, apparvero maggiormente divisi in certe *scuole* o *sette;* Pomponio, infatti, nella sua *Istoria del diritto,* che incomincia da Augusto e termina ad Adriano, pone in scena continuamente due giureconsulti, i quali di frequente professano opinioni e principii diversi (1). Ma queste scuole non furon probabilmente nel vero, se non stabilimenti d'istruzione, distinti in studii (*stationes*), destinati a dar pareri (2); queste istituzioni differivano le une dall'altre per lo spirito dei professori e dei capi, cui gli allievi seguivano pel corso di più generazioni. Questa divisione e questa differenza di viste e di principii diè agevole origine a controversie, agitate da prima con furor di partito, ma che venner più tardi decise, sia da costituzioni imperiali, sia dalla pratica. Citansi gli autori seguenti, come i fondatori e i partigiani più zelanti delle due scuole principali:

* *Antistius Labeo* (3).
Nerva (avo dell' imperatore di questo nome).
* *Proculus* (che diè il suo nome ai suoi discepoli, chiamati *Proculejani*).
Pegasus.
* *Juventius Celsus.*
* *Neratius Priscus.*
Atejus Capito.
Massurius Sabinus (da cui discesero i Sabiniani).
Cajus Cassius Longinus (da cui discesero i Cassiani).
Cœlius Sabinus.
* *Javolenus Priscus.*
* *Aburnus Valens* (4).
* *Salvius Julianus* (§. 42.)

§. 47. *Giureconsulti celebri dopo Adriano.*

Non più ben si distinsero le scuole dopo Adriano. A questa epoca, benchè male a ragione, sogliońsi riportar gli Eclettici, o quelli, che chiamansi *herciscundi* e *miscelliones* (5); imperocchè ve ne n'ebbero fuor dubbio già per lo innanzi allato alle scuole, ed è certo d' altronde, esservi stati fra i giureconsulti, anche dopo Adriano, dei partigiani dell'antiche scuole (6). I più notabili giureconsulti dopo Adriano sono: * *Taruntenus Paternus,* * *Mau-*

---

c., p. 314. - Spangenberg, *Introduzione,* p. 24. - Dirksen, *Dissertazioni,* t. I, p. 210. - Puchta, *Museo renano per la giurisprudenza,* anno III, p. 365. - Wieling, *Jurispr restituta:* dà egualmente un catalogo completo dei giureconsulti citati, P. I, p. 72; e Sammet, *Ermeneutica,* p. 30-34, offre un catalogo, benchè molto incompleto, degli autori, che hanno spiegati i frammenti di alcuno di questi giureconsulti.

(1) Fr. 2, §. 47. D. I, 2. - Su queste differenti sette, v. Vinc. Gravina, *De ortu et progressu juris civilis,* §. 45. - Hoffmann, *Hist. jur.,* P. I. p. 312. - Mascow, *De sectis Sabiniorum et Proculeanorum.* Lips., 1728. - Zachariae, p. 223. - Eckhard, *Hermeneut. jur.,* §. 225. - Hugo, p. 832. - Spangenberg, *Introduzione al diritto romano,* pag. 228. - Schrader, p. 36. - Dirksen, *Dissertazioni sul diritto romano.* Leip., 1825, n. 1. Zimmern. t. I, §. 64.-67.

(2) Si veda Gellio, *Noct. atticæ,* XIII, 13.

(3) Ch. Gl. Biener, *Antistius Labeo juris civilis novator.* Lips., 1786; et in opusc. ed. Fr. Aug. Biener. Lips., 1830. V. I, n. 9.

(4) P. F. Smeiding, *De Salvio Aburno Valente ejusque quæ in digestis extant fragmentis.* Lugd.-Bat., 1824.

(5) Festo, sub voce *Miscelliones* - Brunquell, *De jureconsultis herciscundis.* In opusc. p. 419. La parola *herciscundi* è fondata sopra un malinteso del Cujacio. Ved. su ciò Spangenberg, *Einl. in das Rœmisch.* Rechtsh. p. 230.

(6) Gajo, I, 196; II, 15, 37, 217; III, 87, 98, e in molti altri passi dichiarasi seguace egli pure della scuola di Sabino e Cassio, che egli chiama, *nostri præceptores*; appella al contrario Proculo e i suoi scolari, *diversæ scholæ auctores.* Cf. fr. 32, D. XXXIX, 2. - fr. 138, pr. D. XLV, 1. - §. 2, J. III, 23 (24).

ricianus, * *Papirius Justus* (1) * *Terentius Clemens*, * *Volusius Mœcianus* (2). * *Æmilius Macer*, * *Callistratus*,* *Triphoninus*, * *Ulpius Marcellus*, * *Cæcilius Africanus*. *Ælius Marcianus*, * *Pomponius* (3), *Cervidius Scævola* (4), e in special modo *Gajus* (5). * *Æmilius Papinia-*

---

(1) P. E. Pipers, *De Papirio Justo Jcto*. Lugd. - Bat., 1824.

(2) Noi abbiamo di lui anco un piccolo trattato sulla divisione dell'*as*, pubblicato primieramente da Sichard, nella sua edizione del *Breviarii Alariciani* (Basil., 1528); in seguito nel Grevio, *Thes. antiq. rom.*, t. XI, p. 1705; infine col titolo: *L. Volusii Mœciani assis distributio, et Balbi mensoris de asse libellus*. Emend. et edid. Ed. Boecking. Bonnæ, 1831.

(3) Egli è l'autore dell'*Enchiridion juris*, di cui un gran frammento, sui fonti del diritto, i magistrati e giureconsulti fin sotto Adriano è stato inserito nelle Pandette (fr. 2, D. I, 2.). - *Sexti Pomponii de origine juris et omnium magistratuum et successione prudentium fragmentum*; ed. Chr. Gli. Haubold. Lips., 1792. - Le spiegazioni del Cujacio, Bynkersoek ed altri su Pomponio, si trovano riunite nel J. C. Uhlius, *Opusc. ad histor. jur. et max. ad Pompon. enchiridion illustr. pertin.* Halæ, 1735. Abbiamo in oltre del suo *Liber singularis regularum*, un piccolo frammento sull'indivisibilità delle servitù. Vedasi Cramer, *Magazzino di diritto civile di Hugo*, t. VI, p. 1. - Barkow, nel *Giornale critico di Tubingue*, t. IV, p. 190. - Schunck, *Annales*, t. VII, p. 127. - *Fragm. Sexti Pomponii*, cura ed. Boecking. Bonnæ, 1831.

(4) G. Lud. Conradi, *De vita et scriptis Q. Cervidii Scævolæ*. Lips., 1755.

(5) Sopra i suoi scritti vedasi Bach, *Hist.*, III, 2, sect. 5, §. 14, 15. - Zimmern, t. I, §. 93. - L'opera la più importante di Gajo è quella che intitolasi *Institutiones*, perchè è il fondamento delle Institute di Giustiniano. Per molto tempo egli non fu da noi conosciuto che per ciò, che ne abbiamo nel *Breviarium Alaricianum* (§. 59.). Si trova in Schulting, *Jurispr. antej.*, p. 1, e nel *Jur. civ. antej. de Berlino*, t. I, p. 187; ultimamente fu dato di nuovo in luce, con osservazioni critiche, da Ed. Boecking, sotto il titolo seguente: *Gaji, Institutionum libri duo et fragmentum Papiniani ex lege romana Visigothorum*. Bonnæ, 1831. - Cf. Haubold, *Inst. lit.*, t. I, p. 278. - Fu solo nel 1816 che Niebuhr scoprì le vere Istitute di Gajo a Verona in un *palinsesto* della biblioteca del capitolo di Verona. Questo *Codex Veronensis* è stato stampato secondo una copia, che ne fu fatta, nel 1821, da Goeschen, Becker e Bethmann-Hollweg; è comparso sotto il titolo di *Gaji, Institutionum commentarii IV e codice rescripto bibliothecæ capitularis Veronensis auspiciis regiæ scientiarum Academiæ Borussicæ nunc editi.* Berol., apud Reimer, 1820, in 8. Evvi una prefazione di Goeschen, in cui vengono particolarizzate le circostanze di questa scoperta: vi è esposto lo stato e l'antichità di questo *codex*, egualmentechè il modo, con cui è stato decifrato; e fa noti del pari gli scritti, in cui apparvero i primi schiarimenti su questa nuova scoperta. Il testo, che presenta pur tuttavia delle numerose lagune, è arricchito di osservazioni di parecchi dotti, soprattutto di Hugo, Savigny, Humbold, Goeschen, Hollweg, e Biener. Vi si trova come supplemento alla pagina 339 un frammento rinvenuto parimente a Verona insiem con Gajo, e che s'intitola: *Fragmentum veteris Jcti de jure fisci.*

Nel 1824 comparve la seconda edizione di Gajo, pubblicata accresciuta e corretta da Goeschen; questa edizione fu notabilmente arricchita e rettificata dalla collezione, che fece Blume col *Codex Veronensis*, e si fece tesoro delle osservazioni critiche di altri dotti.

Il testo di Gajo, ristampato dopo la 1. edizione di Berlino, si trova anche nella *Ecloga juris civilis, qua cum Justinianeis Institutionibus Novellisque* 118 *et* 127 *continentur Gaji Institutionum commentarii IV, Ulpiani regular. liber singularis, Pauli sententiarum libri V, et breviora quædam veteris prudentia, monumenta, etc.* Parigi, 1822. Si trova anche in *Gaji Institutionum comm. IV*. Leipzig, presso Hartmann, 1825.

Una nuova revisione critica del testo *a*), quanto al solo IV libro di Gajo, ma accompagnata da mille rettificazioni, spiegazioni e note, ha per titolo. *Gaji Jcti Institutionum commentarius quartus sive de actionibus.* Recensuit, restituere conatus est adnotationem perpetuam librumque observationum adjecit Aug. Guil. Heffter. Berol., 1827, in 4. Vedasi Unterholzner.

nus (1), *Domitius Ulpianus* (2), * *Julius Paulus* (3) e *Modestinus* (4). Al-

---

nel *Giornale critico di Tubinga*, t. IV, p. 197. - *b*) Di tutto Gajo, sotto il titolo: *Gaji Institutionum commentarii IV.* cura Aug. Guil. Heffter. Bonnæ, 1830, in 12.; - *c*) Una composizione delle Istitute di Gajo e di Giustiniano, è comparsa col titolo di: *Gaji et Justiniani Institutiones juris romani.* Recognoverunt annotationem adjecerunt conjunctasque ediderunt Clem. Aug. Klenze ed Ed. Boecking, nel *Giornale critico di Tubinga.*

Si ha ancora il principio d'una traduzione alemanna di Gajo col titolo: *Gl' Istitute-Commentaris di Gajo;* tradotto dal latino e accompagnato di note da Ch. Ulrich Hans de Brockdorff, t. I, Schleswig. 1824: - Esiste poi una traduzione francese: *Istitute di Gajo*, tradotte in francese da G. B. E. Boulet con note. Parigi, 1827-28.

Fra le opere date in luce su Gajo, distinguonsi: Guil. Ant. Henr. Diffmar, *De ætate, studiis ac scriptis Gaji Jcti romani*, spec. I. Lips., 1826. - Ch. Gottl. Haubold, *Oratio: quantum fructum ceperit jurisprudentia romana et universa antiquitatis cognitio e recens inventis Gaji Institutionibus genuinis* (1820). In ejusd. opusc. ed. Wenck, p. 665. - Ed. Schrader, negli *Annali di Heidelberg*, 1823. - Puchta, *Diss. civiles*, n. 4. Kopp, *Sull' età del manoscritto di Gajo trovato a Verona*, nel *Giornale per la giurisprudenza istorica*, t. IV, n. 7. - Ed. Gans, *Scolie su Gajo.* Berlino, 1821. - G. B. Brinkmann, *Notæ subitaneæ ad Gaji Institutionum commentarios.* Slesvici et Lips., 1821. - W. Van. Swinderen, *Colletio Institutionum Justiniani cum Institutionibus Gaji Veronæ inventis, inde ab initio usque ad locum de tutelis*; in *Annal. acad. Groening.*, 1821. - Ever. Dupont, *Disquisitiones in commentarium IV Institutionum Gaji recenter repertarum.* Lugd. - Bat., 1822. - C. C. D. Unterholzner, *Conjecturæ de supplendis lacunis, quæ in Gaji Institutionum commentario IV occurrunt* Wratislav., 1823. Su quest' ultima opera, veggasi Dupont, nella *Themis*, t. VI, p. 86. - H. E. Dirksen, *Critica di diversi passi delle Istitute di Gajo*, nei *Saggi di critica* e *di spiegazione dei fonti del diritto romano.* Leipzig, 1823, p. 104. - Chr. Frid. Elvers, *Promptuarium Gajanum.* Goett., 1824. - G. Potter van Loon, *Collatio Institutionum Justinianearum cum Gaji institutionibus Veronæ inventis.* Grœning., 1823. - Con. Jac. Van Assen, *Adnotatio ad Institut. Gaji commentarios*, lib. I, 1826. - Ph. Ed. Huschke, *Commentarj alla critica e all' interpetrazione delle Istitutè di Gajo;* nei suoi *Studj sul diritto romano.* Breslau, 1830, p. 168-337. - *Gajo e i suoi commentari nel Giornale letterario d' Jena*, 1825, n. 147-151. - Schrader nel *Giornale critico di Tubingue per la giurisprudenza*, t. I, cahier I, p. 138-145. - Pernice nella *Enciclopedia d' Ersch e Gruber*, parte 14 su Gajo.

Fra i suoi numerosi scritti le sue *Res quotidianæ s. Aurea*, sembrano essere stato un libro molto stimato. Si suppone o che questo libro fosse un nuovo lavoro sulle sue Istitute, oppure che contenesse soltanto delle addizioni, delle rettificazioni e spiegazioni di alcune materie; se ne servì egualmente Giustiniano. Prœm. J. §. 6. - Goeschen, nel *Giornale per la giurisprudenza istorica*, t. I, p. 54. - De Buchholz, nel *Magazzino civile d' Hugo*, t. VI, p. 228, e Hugo., *ibid.*, p. 262.

(1) Noi non abbiamo più dei suoi scritti (vedasi Bach, *l. c.*, §. 19) che ciò che si contiene nelle *Pandette*, nei *Vaticana fragmenta*, e nella *Collectio legum Mosaicarum et romanorum*, e il breve passo *De pactis inter viram et uxorem*, tutto infine del *Brev. Alariciani.* Schulting, p. 810, nel suo *Jus. civ. Antej.*, Berol., t. I, p. 245 cita egualmente questo passo. - Ved. Haubold, *Inst. lit.*, I, p. 285. - Zimmern, t. I, §. 98.

(2) Bach, *l. c.*, §. 25-28. Nei suoi scritti, sono stati ricavati la maggior parte dei frammenti inseriti nelle *Pandette.* Oltre ciò abbiamo ancora di lui, *Liber singularis regularum*, che i moderni chiamano *Fragmenta Ulpiani*, perchè non è interamente completo; non ci è stato conservato che da un sol manoscritto il quale si trova ancora a Roma nella Biblioteca Vaticana. Su questo manoscritto, ved. Savigny e Hugo nel *Magazzino civile* di quest' ultimo, t. IV, n. 13, e Goeschen nel *Giornale per la Giurisprudenza istorica*, t. IV, n. 3. In prima pubblicato da Dutillet, ajutato dal Cujacio, sotto il titolo di *Tituli XIX ex corpore Ulpiani.* Parigi, 1440. Sulle edizioni che seguirono, ved. Hugo *Index editionum fontium*, dopo la sua edizione di *Pauli sentent. receptæ.* Berol. 1795. - Haubold. *Inst. lit.* t. I, nell' *Ecloga juris civilis.* Parigi, 1822. - Hugo, p. 275. Si trova ancora in Schulting, p. 537, che ce

tri di minor celebrità, ma le cui opere han tuttavia servito alla compilazione delle *Pandette* sono: * *Tertullianus*, * *Rutilius Maximus*, * *Licinius Rufinus* due o tre *Saturnini*, * *Arrius Menander*, * *Furius Anthianus* e * *Florentinus*.

§. 48. *Scritti dei giureconsulti.*

Dietro il gran numero di questi nomi più o meno celebri, è facile il concludere, che un numero egualmente grande di scritti venisse dato in luce sul diritto (1). Ecco il modo, in cui posson distinguersi: 1. *Commentarj sopra alcuni fonti del diritto*, peculiarmente sulle Dodici Tavole, sull'Editto, su alcuni decreti del popolo e senatusconsulti; 2. *Sistemi*, compendiati col titolo di *Institutiones*, o di *Regulæ*, *Definitiones*; e Sistemi trattati con maggior diffusione sotto il titolo di *Digesta*; 3. *Comentarj sui sistemi di altri giureconsulti*, a cagion d'esempio, *Libri ad Sabinum*; 4. *Mo-*

---

ne ha dato un'edizione pubblicata a Berlino, nel 1788, poi un' altra nel 1811, dietro una copia esattissima del manoscritto vaticano; in seguito nel 1814, colla stampa del manoscritto istesso, come facente parte della nuova edizione, del *Jus civile ante justinianeum*. Questa edizione fu rivista e comparve a Berlino per la quarta volta nel 1812. - L'ultima edizione è *Domitii Ulpiani fragmenta*, *quæ dicuntur tituli ex corpore Ulpiani*; ex recognitione, J. C. Bluntschli edidit. Ed. Boeking. Bonnae, 1831. - Conviene ancora esaminare particolarmente: Frid. ad Schilling, *Diss. critica de Ulpiani fragmentis*. Vratislaviæ, 1824. - *Ejusdem animadversiones criticæ ad Ulpiani fragmenta*, spec. I, II, Lips., 1830; spec. III, Lips., 1831.

(3) Bach, *l. c.* §. 30-35. - Haubold, *l. c.* p. 276. La sua opera la più preziosa è quella che s' intitola: *Sententiæ receptæ*, in cui si è molto ricavato per le *Pandette*, e che noi non possediamo che nel *Breviarium Alaricianum*. Si trova in Schulting, p. 187. Fu pubblicato da Hugo, Berlino 1795, e forma oggi parte dell' edizione di Berlino del *Jus civile antej.*, e dell' *Ecloga juris civ.*, Parigi 1822. I *Vaticana fragmenta* contengono ancora molti estratti delle sue opere. Molti gli attribuiscono egualmente il *Fragmentum veteris Jcti de jure fisci*.

(4) Bach, *l. c.*, §. 41. Un frammento delle sue *Regularum lib. III*, *de bonis libertorum* si trova in Schulting; p. 801, e nel *Jus. civ. Antj.* Berol., t. I, p. 245. - La sua opera la più importante tratta *De excusationibus tutorum et curatorum*, in lingua greca e molti passi sono stati presi per le *Pandette*. Vedasi C. J. A. Kriegel, *Antiqua versio latina fragmentorum e Modestini libro de excusationibus in Dig. obviorum in integrum restituta*. Lips., 1830. - Gusset, negli *Annales di Heidelberg*, 1832, quinterno 3., p. 434.

(1) Oltre le due opere originali di Gajo e di Ulpiano di cui abbiamo già parlato, quella di Paolo, e ciò che ci è stato conservato degli scritti dei giureconsulti romani nel *Breviarium Alaricianum*, nella *Collectio legum mosaicarum* e nelle *Pandette* di Giustiniano, abbiamo ancora dei frammenti particolari di scritti del medesimo tempo, dei quali non conosciamo bene gli autori.

I. Il primo porta il titolo di *Fragmentum regularum veteris Jcti de juris speciebus et manumissionibus*. Ci è stato conservato dal grammatico Dosithée, e si trova in Schulting, p. 803, e nell' edizione di Berlino del *jus antejustinianeum*. Ved. su tal rapporto Haubold, *l. c.*, p. 272. - Hugo, *l. c.*, p. 902. Lo ha ultimamente corretto e pubblicato per Fr. Ad. Schilling, *Diss. crit. de fragmento juris romani Dositheano denuo græce et latine edito*. Pars prior. Lips., 1819. La prima parte contiene un esame critico del testo, la seconda deve racchiudere una spiegazione. Non bisogna confonderlo con questo frammento *Dosithei magistri l. III continens Adriani imperatoris sententias et epistolas*, che si trova ancora in Schulting, p. 855, e di cui dee farsi poco conto.

II. Il secondo frammento è detto *Fragmentum veteris Jcti de jure fisci*. Son pochi anni che fu ritrovato a Verona con Gajo; è stato pubblicato unitamente all' opera di quest' ultimo.

III. Il terzo frammento comparve sotto il titolo: *Fragmentum græcum de obligationum causis et solutionibus*, *imprimis de stipulatione aquiliana ab Ang. Majo nuper in lucem protractum iterum edid.*, *et brevibus annot. illustr.* Chr. Gl. Haubold, Lips., 1817 et in ejusd. opusc. ed. Wenck. et Stieber, vol. II, p. 342.

nografia, o trattati sopra alcune materie di diritto (*libri singulares*); 5. *Scritti dei casisti*, a cagion d'esempio, *responsa epistolæ*, *quæstiones*; 6. *Controversie*, *discussioni*, e per ultimo 7. i *vari scritti*, come, *libri variarum lectionum*, *membranarum*, *differentiarum*, ec.

QUARTO PERIODO

Da Alessandro Severo a Giustiniano (1).

(255-550 dopo G. C.)

§. 49. *Cambiamenti nell'impero romano.*

Dopo la morte di Alessandro Severo (255 dopo G. C.) l'impero Romano, già in sì gran fiore, volgeva a gran passo alla total distruzione. Quelli, che giugnevano al trono, erano inalzati ed abbattuti a voglia de' pretoriani, ed in breve la costituzione si cambiò in un assoluto dispotismo militare.

La confusione, aggiunse il colmo, allorchè, regnando Valeriano (250-260), dei popoli della Germania, gli Alemanni, i Franchi, i Goti, gli Eruli si rovesciarono sulle provincie romane. Abbenchè Diocleziano infondesse nell'impero qualche nuova forza, fu pur tuttavia sotto il regno di lui, che incominciò la divisione dell'impero istesso. Costantino (306-307) riedificò l'antica Bisanzio, che, dopo ampliata ed abbellita, ebbe da lui il nome di Costantinopoli; ne formò egli la seconda città dell'impero e vi traslocò la sede del governo. Sotto il suo regno la religione cristiana addivenne dominante, e la lingua greca cacciò vie maggiormente dall'Oriente la lingua latina. Questi due avvenimenti assunsero di necessità una grande influenza sul diritto romano (2). L'impero fu di nuovo diviso fra i figli di Costantino, e in proceder di tempo i figli di Teodosio lo smembrarono per anco; ad Arcadio l'Oriente, ad Onorio spettò l'Occidente (305). Abbenchè si restasse a questa divisione, nullameno le provincie romane, esposte agli attacchi ognor più violenti dei barbari, incontro a cui ben piccola resistenza potevasi opporre pei deboli imperatori d'Occidente, vennero successivamente ad essere invase. Alarico re dei Visigoti, assalì, cominciando il secolo quinto, l'Italia e saccheggiò Roma. Gli Alani, i Vandali, e gli Svevi traversarono le Gallie, onde impadronirsi della penisola oltre i Pirenei, e di là far tragitto nell'Affrica; i Franchi, i Borgognoni, gli Ostrogoti si sparsero nelle Gallie, nell'Elvezia e sulle rive del Reno; la Gran Brettagna addivenne il retaggio dei Sassoni, ed Attila, che intorno il 450 rovesciò sulle Gallie cogli Unni devastatori, minacciò l'impero d'Occidente d'una imminente rovina. La corte di Costantinopoli era astretta a risguardar silenziosa le procelle, che si addensavano sull'Occidente: debole e in special modo ritenuta da una politica di egoismo non osava operare dei tentativi vigorosi per sottrarre quelle contrade alla servitù; Odoacre finalmente cancellò ogni reliquia della parte occidentale dell'impero romano (476). Questo antico dominio romano, ch'estendevasi sul mondo intiero, limitò fin

(1) Hugo, pag. 962-1109.

(2) Sull'influenza del Cristianesimo sul Diritto Romano, v. Haubold, *Inst. juris romani hist. dogm.* §§. 138, 139.

d'allora e per sempre i suoi confini al solo impero d'Oriente (1), che durò pur sempre fino all'anno 1453, epoca in che i Turchi se ne fecer signori.

§. 50. *Cambiamento nel diritto romano.*

I cambiamenti, che provò in questo periodo il diritto, vennero pressochè unicamente cagionati dalle costituzioni degl'imperatori e degli usi. Ognor più frequenti addivennero le costituzioni, a misura dei diritti, cui arrogavasi il dispotismo imperiale; infrattanto, quanto al lor contenuto, ed al loro scopo, le une dalle altre differentissime (2). Le leggi propriamente dette, quelle soprattutto, ch'erano state emanate sotto i primi imperatori, montavano a ristrettissimo numero. Queste costituzioni nè riferivansi pure per la maggior parte al diritto privato; ma aveansi ad obietto il governo, peculiarmente le finanze, la guerra, e l'amministrazione delle provincie; niuna pressochè ve ne avea, avanti Costantino da cui si racchiudessero nuovi principii di diritto; limitavansi tutte a mostrare il come facesse d'uopo, in taluni casi, applicare il diritto vigente. Di tal guisa considerate, dividonsi in due classi : 1. *Constitutiones generales,* regole generali, a cui tutti erano astretti ad uniformarsi. A queste specialmente appartengono gli *edicta* o le *leges edictales,* che sole possono risguardarsi siccome vere leggi (3); 2. le *constitutiones personales*, il cui disposto non riferivasi che ad alcune persone (4). A questa classe appartengono : *a)* i *mandata*, ordini o istruzioni degli imperatori pei magistrati; *b)* i *decreta*, decisioni su cause che giugnevano, per via di provocazione o di appello, al consiglio degl'imperatori, *auditorium principis; c)* i *rescripta*, risposte su questioni dubbie, espresse dagl'imperatori giusta le loro cognizioni e il diritto in vigore (5). Innanzi Costantino, le costituzioni degl'imperatori riducevansi per la maggior parte a decreti e rescritti; ma dopo Costantino, in maggior copia apparvero gli editti, e fu di sovente tanto più grande la loro importanza, in quanto che il cristianesimo spendeva molte idee antiche, e i costumi e l'idioma dell'Oriente differivano al tutto dai costumi e dall'idioma dell'Occidente.

§. 51. *Decadenza della scienza del diritto.*

La scienza del diritto, che sotto Adriano e i due Antonini era ascesa al più alto grado di perfezione, restò destituta del suo vigore e nella inazione, nè valse a mantenere il suo peso in mezzo all'interna distruzione, cui l'impero soffriva dalla morte di Alessandro Severo. Ogni cognizione rimase depressa, e l'antico spirito romano si abbassò sotto il giogo del dispotismo e della corruttela (6). Non mostrossi, in questo periodo, presso-

(1) Giustiniano riconquistò, egli è vero, l'Italia, ma sotto il suo successore fu questo paese di nuovo e per sempre ritolto all'impero.

(2) Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* §. 161.

(3) Const. 3, C. I, 14. — V. Cep. Const. 12, c. ibid. e la nota seguente.

(4) Fr. I, §. 3, D. I, 4: « *Plane ex his* (constitutionibus) *quædam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur* ».

(5) Si vede che queste non erano leggi propriamente dette in principio, perchè si legge degl'imperatori Teodosio e Valentiniano nella Const. 2, C. I, 14: « *nec generalia jura sint, sed leges faciant his dumtaxat negotiis atque personis pro quibus fuerint promulgata* ». Era naturalissimo di consultarli, come i *præjudicia*, del Tribunale superiore, o i *responsa prudentum.* Fu Giustiniano che li rivestì della autorità di legge. Const. 12, c. I, 14. — V. il §. 39, note 3 e 4.

(6) Per formarsi un'idea della decadenza della scienza del diritto in quest'epoche, non si ha che a consultare la lettera di pubblicazione del *Codice Teodosiano*, e confrontarla con Ammien Marcellino, xxx, 4.

chè alcun giureconsulto distinto, e fra quelli, che vissero ancora innanzi Giustiniano, non havvi chi meriti onor di menzione, se non *Gregorio*, *Ermogene* (1), *Aurelio Arcadio*, *Carisio*, e *Giulio Aquila;* gli ultimi tre, perchè delle opere loro alcuni frammenti si son conservati nelle *Pandette* (2), e i due primi per questo che grandemente benemeriti si resero colle due collezioni per loro raccolte delle costituzioni imperiali.

§. 52. *Stato dei fonti del diritto al principio del quinto secolo.*

Al principio del quinto secolo, lo stato dei fonti del diritto era di questa guisa; valevano quanto alla *teoria* gli antichi plebisciti, i senatusconsulti, gli editti dei magistrati romani, le costituzioni degl'imperatori e le consuetudini non redatte in iscritto: le Dodici Tavole costituivano pur tuttavia la base delle universe leggi; il resto non tenevasi se non per una aggiunta o una modificazione: alla pratica servivano di fonti le sole opere dei giureconsulti classici e le costituzioni (3). Quei giureconsulti, infatti, aveano ben meritato al certo dei giudici e della pratica, dilucidando, per gli stessi inscienti, coll'opera loro il caos degli antichi fonti delle leggi. I loro scritti conservarono pur sempre l'autorità istessa, di che avean per lo innanzi goduto; ma oltrechè erano estremamente numerosi (4), e, al decader delle scienze, eransi fatti più sempre rari, aggiungevasi; ai giudici non esser più facile il ponderare le ragioni, su cui fondavano le loro opinioni i giureconsulti, e quindi nella maggior parte, andavan eglino paghi di tener dietro ai nomi celebri, o all'opinione, di cui conosceano il perchè. L'autorità, che ciecamente concedevasi ai giureconsulti vie maggiormente s'accrebbe; e, comecchè coloro i quali avevano con maggior perspicacia trattato intorno al diritto non andasser d'accordo su molti punti, è agevole il conoscere quanto la giustizia, infra le mani di questi giudici, esser dovesse ondeggiante, mal sicura e arbitraria.

§. 53. *Costituzioni di Costantino, di Teodosio II e di Valentiniano III, su gli scritti dei giureconsulti.*

Così essendo le cose, sembra che già sentisse Costantino la necessità d'indicare con speciali disposizioni gli scritti degli antichi giureconsulti, i quali dovessero andar forniti di una particolare autorità, e quelli, che non dovessero considerarsi meritevoli di alcun riguardo (5). Cento anni dopo (426), Teodosio II fece pubblicare

---

(1) Egli fece, sotto il titolo di *Juris Epitomarum libri VI*, una raccolta di estratti cavati dalli scritti delli antichi giureconsulti; fu impiegato alle *Pandette* di Giustiniano. Bach, *Hist. juris*, III, 3, sect. 4, §. 8. - Hugo, p. 1091.

(2) Haubold, *Inst. hist. dogm.* §. 195. - Zimmern §§. 104-106.

(3) Savigny, *Istoria del diritto romano nell' età di mezzo*, t. I, p. 7.

(4) Gibbon, *loc. cit.* p. 168, dice, nello spazio di dieci secoli, la diversità infinita delle leggi e delle opinioni sulle leggi, riempie più migliaja di volumi, che non vi sarebbe niuno così ricco per comprare, nè capace di percorrere. I libri non si trovavano facilmente, e i giudici poveri in seno all' abbondanza, erano di sovente forzati di riportarsi alle loro proprie idee. E pr. Const. 2, §. 17, c. I, 17.

(5) Noi sappiamo già per la Cost. I, cod. Teod. IX, 43, che Costantino non voleva che si considerassero come degne d'attenzione le note d'Ulpiano e di Paolo a Papiniano, e per la *Consultatio vet. Jcti*, §. VII (Schulting, loc. cit. p. 821) si è riconosciuto che le *Sentent. rec.* di Paolo avevano ottenuto una grande autorità per le costituzioni dell' Imperatori. Si possono ancora vedere due costituzioni di Costantino, sconosciute fino al presente, che M. Clossio professore a Tubing, ha trovato nella biblioteca Ambrosiana di Milano, e per cui si spiega il « *sicut dudum Statutum est* » che si trova *nella legge di citazione* di Valenti-

un'uguale disposizione per l'impero d'Oriente, che in breve ottenne forza di legge per l' Occidente eziandio, sotto Valentiniano III (1). Ordinariamente, ma a torto (2), dietro questa disposizione, che noi chiamiamo di presente *legge di citazione*, (Citirgesetz) *di Valentiniano*, ad eccezione delle note di Ulpiano, e di Paolo su Papiniano, che già per lo innanzi erano state interdette da Costantino, e, che più non godevano di alcun valore, fu mestieri accordare una autorità pari a quella della legge, a tutte le opere di Papiniano, di Paolo, di Gajo, di Ulpiano, e di Modestino, e dappoi a quelle degli antichi giureconsulti, di cui le opinioni e i trattati, erano stati adottati e spiegati da quei cinque giureconsulti, dopochè tuttavolta i manoscritti fossero stati preventivamente collazionati, e se ne fosse stabilita la vera lezione. Allorchè eran divisi i pareri, decideva la maggioranza dei voti; allorchè fosser pari i voti da ambedue le parti, preferivasi il parere di Papiniano, e quando anche egli avesse taciuto in proposito, affidavasi la decisione al prudente arbitrio dei giudici. Da tutte queste disposizioni poco, o meglio niun vantaggio derivò alla scienza; imperocchè, in luogo di una profonda disamina di opinioni differenti, che per lo innanzi era sempre possibile, non guadagnava il giudice che l'obbligo di annoverare i voti macchinalmente (3).

§. 54. *Codex Gregorianus et Hermogenianus.*

Una difficoltà della stessa natura, abbenchè di assai minore importanza, si affaccia in quanto alle costituzioni. Erano esse pervenute a gran numero, e separatamente collocate così, come avean vista la luce; di guisa che non era agevol cosa il conoscerle e possederle per intiero. Il redigere delle raccolte addivenne adunque d'urgente necessità, ed è a ciò, che diedero opera due giureconsulti *Gregorio* ed *Ermogene* (*Gregorianus* et *Ermogenianus*) (4), i quali fiorivano intorno la metà del quarto secolo, componendo due codici delle costituzioni degl'imperatori (5), in cui non si racchiudevano per la maggior parte se non rescritti (6). Il *Codice Gregoriano*, racchiudeva le costituzioni degl'imperatori da Adriano a Costantino, e il *Co-*

---

niano. V. *Theodosiani Codicis genuini, fragmenta ex membrani bibliothecæ Ambrosiniæ, Mediolanensis*; nunc primum edidit Walth. Frid. Clossius. Tubing, 1824, p. 35. (Lib. I, tit. 4, Const. I, 2.). Hugo, p. 1014.

(1) Essa trovasi nel *Codice Teodosiano* come Const. Un. *de responsis prudentum*, I, 4. - V. su tal rapporto: Haubold, *Exerc. de emendatione jurisprud. ab Imp. Valent. III, Instituta et ad L. Un. C. Th. de responsis prudentum.* Lips. 1796, et in ejusd. *opusc.* ed. Wenk et Steber, vol. II, p. 1. — Wenk, in præf. ad Haubold. p. 3-23, ha fatto delle ricche addizioni ad Haubold. - V. Hugo, pag. 883-1023. - Savigny, *loc. cit.* t. I, pag. 8.

(2) È ciò che abbiamo di già insegnato nelle edizioni anteriori di quest' opera. Ma V. Hugo, p. 1027.

(3) Ecco il perchè, in seguito, ciò fu riparato da Giustiniano, nella costit. *Deo auctore*, de concept. Digest. ad Tribonianum, §. 6.

(4) Una prova che così chiamavansi, e non com' altri crede, Gregorio ed Ermogene, si è, che il *Corpus Hermogeniani* è citato così nella *consultatio veteris Icti.* §. 89.

(5) Per l'avanti, alcuni giureconsulti avevano di già fatto somiglievoli raccolte. Papirio Giusto aveva riunito i rescritti dei *divi fratres*. (Wieling *jurisp. rest.* p. 157); Dositeo, i rescritti d'Adriano (Schulting, pag. 855). Ulpiano nel suo libro *De officio proconsulis* ha raccolto tutte le ordinanze che erano state pronunciate contro i Cristiani (Lattanzio, Div. Inst. V. 5). E Giulio Paolo aveva riuniti dei decreti imperiali sotto il titolo d' *Imperialium Sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI.* (Inser. fr. 113, D. XXXV, 1.

(6) Bach, *Hist. jur.* III, 3, sect. 4. §§. 2. 8. - Hugo, pag. 1017.

dice Ermogeniano non era verosimilmente, che un' addizione al primo, e conteneva le costituzioni di Dioclezia-no e di Massimiano. Non ci restano d'altronde di questi codici che alcuni frammenti (1).

§. 55. *Codex Theodosianus.*

Il *Codice Teodosiano* arrecò una molto maggiore utilità che non gli altri due, onde abbiam fatta parola (2). L' imperatore Teodosio il giovine, infatti, confortato dell' ajuto di molti giureconsulti, ai quali presedeva Antioco, già console e prefetto del pretorio, radunò una raccolta di editti degl' imperatori, cui fe' aggiungere ben anco di alcuni rescritti, e la die' in luce il 438, siccome Codice per lo impero d'Oriente (3). Inviato di subito da lui il nuovo codice al suo genero Valentiniano III, lo adottava questi nell' anno istesso per l'Occidente, e lo presentava al Senato di Roma, che con acclamazione accoglievalo (4). Contiene questo codice le costituzioni degl' imperatori dopo Costantino; e, quand' esse risguardano differenti materie, son divise in titoli del pari differenti, venendo così ad essere in moltissime parti distinte. Il codice è composto di sedici libri, ogni libro diviso in titoli. Noi lo conosciamo anch' oggi intiero dal settimo al decimosesto libro. Non è completo dal primo libro fino al quinto, ed al principio del sesto, e ciò che ancor ce ne resta fu tolto dal *Breviarium Alaricianum*. Andiam debitori a *Gottofredo* di una edizione del codice Teodosiano fatta ricca di assai pregevoli commentarj (5). Solo dopo la morte di lui venne pubblicata per *Antonio Maville*, in sei volumi in fol., a Lione, nel 1665; più tardi, fu rivista e accompagnata di varianti e di molte addizioni, da Giovanni Danielle Ritter; e comparve a Leipsing nel 1736-1745, in sei volumi in fol., l' ultimo dei quali è in due parti distinto. L' edizione più recente del *Codice Teodosiano* rinviensi nel *Jus civile ante justinianum*, Berlino, 1815, t. I, p. 275-786, t. II, p. 787-1215. Ma in seguito, molte vere costituzioni, tratte dai primi cinque libri, son state rinvenute e pubblicate sì da Clossio, nella *Biblioteca Ambrosiana di Milano*, che da Amadeo Peyron, nella *Biblioteca di Torino* (6).

---

(1) Si trovano in Schulting, pag. 683, e nell' edizione di Berlino dell'*jus civile antejustinianeum*. Cpr. Haubold, *Inst. lit.* pag. 259.

(2) Egli è certamente più esatto il dire *Theodosianus Codex*, come *Gregorianus et Hermogenianus Codex*, che *Codex Theodosianus*.

(3) Bach, *loc. cit.* III, 4, sect. 2, §. 4. seg. - Hugo, p. 1029 e seg. - De Crossier, *Diss. de confectione Codicis Theodos.* Leodii, 1825.

(4) V. il protocollo rimarchevole del Senato a Roma, sulla recezione del *Codice Teodosiano* in Occidente, dell'anno 438. Si trova in Clossio v §. 53, nota 2.

(5) Sulla prima pubblicazione del *Codice Teodosiano* per Dutillet, e Cujas, V. Haubold, *Inst. lit.* t. I, pag. 261. - Ejusd. *Inst. jur. rom.* §. 218-220. - Hugo, *Ind. fond.* p. 162. e seg. - Zimmern, t. I, §. 15.

(6) Quelle che sono state scoperte pel Sig. Amedeo Peyron racchiudono i frammenti dei cinque primi libri. Sono esse state ancora pubblicate sotto il titolo di *Codicis Theodosiani fragmenta inedita ex codice palimpsesto bibl. reg. Taurinensis athenæi in lucem protulit atque illustravit Amadæus Peyron.* Torino, 1724. (Cpr. *Themis*, t. 3, p. 185, 474; t. VI, p. 411, 489. - Clossius, *loc. cit.* præf. pag. VII.) — Altre scoperte appartengono ancora al *Codice Teodosiano*: Chr. G. Haubold, *prætermissorum imprimis ad breviarium alaricianum pertinentium e codicibus a Gustavo Hænelio novissime collatis Promulsis.* I, Lips. 1822, et in ejusd. *Opusc.* ed Wenck, vol. II, p. 297. I frammenti trovati e pubblicati da Clossio e Peyron, sono stati riuniti e ordinati da Puggè, nel *Theodosiani Codicis genuina fragmenta cum ex codicis palimpsesto biblioth. reg. Taurinensis athenæi edita, tum ex membranis biblioth. ambrosianæ mediolanensis in lucem prolata.* Inter se disposuit atque edidit D. Ed. Puggæus. Accedunt Theodosiani codicis variæ lectiones. Bonnæ, 1825, 8. L' opera seguente contiene

§. 56. *Nuove costituzioni dell'imperatore Teodosio II e dei suoi successori.*

Allorchè il *Codice Teodosiano* fu recato a fine, gl'imperatori Teodosio II e Valentiniano III, egualmentechè i loro successori emanarono pur tuttavia molte nuove costituzioni, che da ciò ebber nome di *Novellæ i. e. novæ constitutiones* (1). A queste si die' luogo nell'edizioni del *Codice Teodosiano* col titolo di *Novellæ constitutiones imperatorum, Justiniano anteriorum, Theodosii, Valentiniani, etc.* (2).

§. 57. *Scritti sul diritto di questo periodo avanti Giustiniano.*

Pressochè niun giureconsulto, da Alessandro Severo a Giustiniano, salì in bella onoranza di fama. Tutti i lavori di questo periodo limitavansi a raccogliere le costituzioni imperiali e a compilare gli scritti degli antichi. Non ce ne resta che ben poco; poichè tranne i frammenti dei *Codici ermogeniano* e *gregoriano* e gli estratti delle opere di Ermogene, d'Aurelio Arcadio Carisio e di Giulio Aquila, non son pervenute fino a noi che le opere seguenti, delle quali sono ignoti gli autori: 1.) *Vaticana Fragmenta*, che *Mai* ha pubblicati nel 1823, d'un *Codex rescriptus* della biblioteca del Vaticano. Contengono frammenti di giureconsulti del periodo anteriore e di costituzioni imperiali, e assembrano essere il resto d' una grande collezione di diritto, pubblicata per opera d'uno sconosciuto giureconsulto, nel tempo trascorso infra la pubblicazione del *Codice ermogeniano* e quella del *Codice teodosiano* (3); 2. *Notitia dignitatum Orientis et Occidentis*, ch'è una specie d'almanacco dell'impero romano intorno alla metà del quinto secolo (4); ma Boeking pretende che si riporti al principio del secolo quinto (400-404) (5); 3. *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*, che fu

---

una nuova rivista dei cinque primi libri del Codice Teodosiano, dimodochè noi li possedevamo fin d'allora, coll'addizione delle costituzioni trovate da Clossio, Peyron ed altri: *Theodosiani codicis libri V priores recognovit, addimentis insignibus a Clossio et am. Peyron repertis aliisque auxit, notis subitaneis tum criticis tum exegeticis, nec non quadruplici appendici instruxit.* C. P. Ch. Wenck. Lips. 1825. 8.

(1) Hugo, p. 1053. - Haubold, *Inst. lit.* p. 265. - Zimmern, t. I, §. 47.

(2) Si trovano esse nell'edizione del Gotofredo, a primo del volume; in quella del Ritter, t. VI, p. 2 in fine; e le più complete son quelle dell'*jus civile antejus.* di Berlino, t. II, p. 1217.

(3) Questi frammenti potrebbero formare una parte dell'*Hermogeniani juris epitome.* Cpr. *Vatic. fragm.* §. 3, 4 col fr. 7, D. XVIII, 3, non meno che §. 13, col fr. 49, D. XIX, 1. - L'edizione originale di questi frammenti, è: *juris civilis antejustinianei reliquiæ ineditæ ex cod. rescr. bibliotecæ vaticanæ*, cur. Angelo Majo. Romæ in coll. urb. ap. Burliæum, 1823. Dopo questa, apparvero altre edizioni: *Vaticana juris romani fragmenta, Romæ nuper*, ab Angelo Majo *detecta et edita;* essa fu rivista dagli editori della *Themis*, ma in particolare da Jourdan. Parigi, 1823. - *Juris Rom. antejustinianei fragmenta vaticana e codice palimpsesto eruit* Angelus Majus. Romæ et Berolini, 1824. Gli ultimi lavori critici fatti su questi frammenti sono: *Fragmenta juris civilis antejustinianei e cod. rescr. ab* A. Majo *edita recognovit et commentario instruxit.* A. De Buchholz. Regiomontani, 1828. - *Locorum ex jure romano antejustinianeo ab incerto scriptore collectorum fragmenta, quæ dicuntur vaticana*, ed. Angel. Majus, recognovit Aug. Bethmann-Holweg. Bonnæ, 1823.

(4) Bach. *Hist. jur.* III, 4, sect. 3. §. 6. Sulle diverse edizioni e commentarj, V. Haubold, *Inst. lit.*, I, 279.

(5) In tale occasione, è necessario osservare quest'autore di cui abbiamo già parlato, al §. 19, Giovan di Lidia, egualmente che un frammento pubblicato per la prima volta nel 1829, tuttochè attenente a epoca posteriore: *Incerti auctoris magistratuum et sacerdotiorum P. 13 expositiones ineditæ.*

verosimilmente composta sotto Teodosio II, e che rinviensi fra le opere del medio evo col titolo di *Lex Dei*, o anco di *Lex Romana* o di *Pariator legum Mosaicarum et Romanarum*. Non è quest' opera che una meschina comparazione delle leggi di Moisè con quelle di Roma, diretta a dimostrare siccome le une dall'altre traessero origine. Considerato di tal guisa esso è di ben poco valore; ma racchiudendo al tempo istesso copia di citazioni tolte da scritti pel diritto romano e da costituzioni imperiali, addiviene per noi d'una grande importanza. Noi andiam debitori della conservazione di questa opera ad un sol manoscritto non falsificato, rinvenuto a Lione, nella *Bibliotheca Mandubiorum*, e che *Pithou* diè in luce, per la prima volta, nel 1573 (1). Negli ultimi tempi due nuovi Manoscritti son stati rintracciati, l'uno a Vercelli, da Blume; l'altro da Lancizolles a Vienna (2); 4. *Consultatio veteris Jcti*. È una raccolta d' opinioni d' un ignoto giureconsulto, il quale visse probabilmente dopochè fu apparso il *Breviarum Alaricianum*. Le ragioni cui si appoggiano le opinioni di lui son tratte per la maggior parte parola per parola, dagli scritti dei giureconsulti romani, e dalle costituzioni degl'imperatori. Questa raccolta fu edita per la prima volta dal Cujacio, nel 1577 (3).

§. 58. *Vicende posteriori del diritto romano*. — I. *In Occidente*.

Una utilità solamente momentanea offerir potevano tutte le collezioni di costituzioni imperiali, raccolte dopo Costantino, e già all'apparire del sesto secolo, sembra essersi manifestata, sì in Occidente che in Oriente, la necessità di nuove raccolte. In Occidente, infatti, eran sortiti per opera dei Germani più regni in sulle rovine dell' impero romano. Erano in questo confusi i Romani debellati coi popoli Alemanni. Da questi, nei paesi novellamente per loro acquistati, conservavansi le leggi, le lor consuetudini nazionali; e abbenchè vinti i Romani, che fra loro vivevano, andavano pur sempre, siccome per lo innanzi, alle leggi romane. Questo sistema di diritti personali o nazionali, ch'era in vigore al sorgere del medio evo (4), fece in breve palese esser mestieri riunire e trascrivere, per gli Alemanni, le leggi alemanne (*leges barbarorum*), e pone insieme, pei Romani viventi sotto la dominazione germanica, nuove raccolte del diritto romano ancora esistente (*lex romana*) (5); di tal guisa, due sorte di libri di leggi ebbero origine nel nuovo Impero germanico: leggi germaniche, e leggi romane, delle quali si esamineranno per noi le ultime sole (6).

---

(1) Hugo, p. 1093. - Zimmern, t. I, pag. 30. - La *Collatio* si trova presso Schulting, pag. 719, e nel *Jus antej.* di Berlino, pag. 1517. - Haubold, *loc. cit.* p. 281.

(2) *Themis*, t. V, p. 119. - L'ultima edizione critica della *Collatio* è comparsa sotto titolo: *Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio. E.* Cod. mss. Vindobonensi et Vercellensi nuper repertis auctam atque emendatam edidit notis indicibusque illustravit Fridericus Blume. Bonnæ 1833.

(3) Hugo, p. 1093. - Zimmern, t. I, pag. 31. — Si trova in Schulting, pag. 811, e nell'*Jus civ. antej.* di Berlino, p. 1475. - Haubold, *loc. cit.* p. 284.

(4) Montesquieu, *Esprit de lois*, liv. 28, art. 2. - Savigny *Istoria del diritto romano del medio evo*, t. I, p. 90. — Cpr. ancora. C. V. Godet, *Saggio sull'istoria esterna del diritto nella Gallia e nel Belgio.* Liege 1830.

(5) *Lex romana*, significa nella lingua d'allora, Diritto Romano in generale, o volume di leggi romane. - Savigny, t. I, pag. 105-112.

(6) Sopra i libri delle leggi germaniche di quest'epoca, o le *leges barbarorum*, V. i §§. 88-89.

§. 59. Lex Romana *degli Ostrogoti*, *dei Visigoti*, *e dei Borgognoni*.

Le più importanti fra queste nuove collezioni di leggi appresso i popoli germanici, sono:

1. L'*Editto di Teodorico*, re degli Ostrogoti, pubblicato a Roma nel 500, e sancito come diritto vigente, non solo pei Romani soggiogati, ma per gli Ostrogoti eziandio. Egli è al tutto estratto dal diritto romano, peculiarmente dal *Codice Teodosiano*, dalle *Novelle* posteriori, e dalle *Sententiæ receptæ* di Paolo; ma questi fonti vi son di tal guisa alterati, che il diritto romano v'è addivenuto impossibile a riconoscersi (1);

2. Il *Breviarium Alaricianum*, appresso i Visigoti (2). Alarico II, re dei Visigoti, fe' dare opera ad un estratto dei *Codici gregoriano*, *ermogeniano* e *teodosiano*, egualmentechè di alcune *Novelle* posteriori e degli scritti di Gajo, Paolo e Papiniano, valendosi di giureconsulti romani, sotto la direzione di Gojarico, *comes palatii*, e lo die' in luce pei Romani del suo regno. Va per lo più ogni passo accompagnato da una parafrasi (*interpretatio*) scritta nell'inelegante latino usato in allora (3). Questa compilazione dei Visigoti d'ordinario ha nome di *Breviarium Alaricianum* o *Aniani*, di Aniano, referendario speciale d' Alarico, che gli die' ordine di segnare della sua prima firma gli esemplari del *Breviarium*, indirizzati ai *comites* (4). Di frequente è citato nell'età di mezzo col titolo di *Corpus theodosianum*, *Lex theodosiana*, *Liber legum*, *Lex romana*. A questa compilazione dobbiamo saper buon grado di assai cose a noi conservate, fra cui meritano special menzione i frammenti dei *Codici gregoriano* ed *ermogeniano*, quelli dei primi cinque libri del *Codice teodosiano*, non che degli scritti di *Gajo* (5), *Paolo* e *Papiniano* (6);

3. Appresso i Borgognoni, dal 517

---

(1) È stato pubblicato per la prima volta, da P. Pithou, come appendice all'edizione da lui fatta dell'opere di Cassiodoro (Parigi, 1579. fol.) ed è per ciò che si trova congiunto alla più parte dell'edizioni moderne di queste opere, come anco nelle collezioni di Lindenbrog, Georgisch, Canciani et Walter (V. §. 89. nota I). V. su ciò: Haubold, *Inst. lit.* p. 286. - Savigny, t. I, p. 12; t. II, p. 164. - Hugo, p. 1039. - Eichhorn. §. 41. - Zimmern, t. I, §. 112.

(2) Chr. Gottl. Biener, *Hist. legum Wisigoth. in regno Hispaniæ vetere*, spec. I, de legib. Theodoricianis et codice Alariciano, Lips. 1783, et in ejusd. *Opusc.* ed *Frid.* Biener, vol. II, n. 2. - Savigny, tom. I, pag. 257; t. II, p. 36. - Eichhorn, §. 43. - Hugo, p. 1040. — Zimmern, §. 4, 113. — Guizot, *Cours d'histoire moderne*. Paris, 1827, t. I, e nella *Revue française*, 1828, num. 6. pag. 202-244.

(3) V. Jac. Gothofredus. *Proleg. Codicis Theod.* cap. VI.

(4) Si dice generalmente che Aniano non munì della sua segnatura che la lettera di pubblicazione; ma si consulti il *commonitorium* e Gio. Gotofredo *loc. cit.* cap. V. §. 7, 8, che su tal rapporto così s' esprime: « *muniri voluit Alaricus hujus codicis exemplaria, ne scilicet variatio accideret, subscriptione Aniani viri spectabilit* ». Questo *commonitorium* si trova anco in Savigny, t. II, pag. 37.

(5) Avanti la scoperta delle vere Institute di Gajo, noi non le abbiamo diverse da quelle che si trovano nel *Breviarium Alaricianum*.

(6) Fra' numerosi manoscritti del Breviario, quello di Wurtybourg, che arricchisce la Biblioteca di Munic, è il più antico, che si abbia; è del sesto secolo. - V. Hugo, p. 1047. Esiste un altro antico manoscritto del settimo secolo, il quale era altra volta a Meerman, e che appartiene oggi al Baronetto Philipps, a Middlchill. - La sola edizione completa del Breviario è fin ora quella di Giovan Sichard, Bàle, 1528, fol. Sopra altri manoscritti ed edizioni, V. Haubold, *Inst. lit.* p. 223. - Savigny, t. II, p. 61. - Alcuni passi del Breviario, sconosciuti fino a quì, sono stati scoperti da Gust. Hænel, in alcuni *Codici*; a Parigi ed a Orleans sono stati pubblicati da Haubold, sotto il titolo di *Prætermissorum imprimis ad Breviar. Alaric. pertinentium promuls.* I. Lips. 1822.

fino al 534, si diè egualmente opera pei sudditi romani di quel regno, ad una *Lex romana*, nota sotto il nome di *Papiniani liber responsorum*, o di *Papiniani responsum* (1). Questo libro di leggi è in gran parte cavato dai veri fonti del diritto romano. Il titolo di *Papiniani responsum* deriva da un errore, in che cadde il Cujacio, e di che si avvisò più tardi. Ogni *Breviarium Alaricianum* completo termina, infatti, con una breve citazione tratta dal *Papiniani liber responsorum*. Cujacio tolse un *Breviarium* completo, cui teneva dietro, senzachè indicasse alcun segno una nuova opera, la *Lex romana* dei Borgognoni. Stimò dapprima quest' ultima legge una continuazione di quel passo di Papiniano, da questo cominciò la *Lex romana* dei Borgognoni, e gli diè il titolo di *Papiniani liber responsorum*, mentrechè quest' opera si attribuisce ad un ignoto redattore. È perciò che, nella prima edizione di Cujacio, nel 1566, questo breve passo di Papiniano fornisce il titolo alla *Lex romana* dei Borgognoni, mentrechè dà fine al *Breviarium*. Ma, dappoi, Cujacio ravvisò il suo errore, lo corresse staccando nella sua seconda edizione, del 1556, il vero passo di Papiniano, e cominciò la *Lex romana* dei Borgognoni dal vero suo titolo, che, nella pirma edizione, non era che il secondo. Ciò non pertanto, la *Lex romana* conservò il titolo di *Papiniani liber responsorum* (2).

§. 60. 2. *In Oriente. — Giustiniano.*

Dal regno di Teodosio giugnendo fino ai tempi, in che Giustiniano ascese all' impero, nel 527, a niun tentativo si diè mano, onde far piane le difficoltà, che si offrivano dallo studio del diritto ed agevolarne l'applicazione (3).

Nel corso del suo regno, che durò trentotto anni, questo imperatore si consacrò tutto alla cura precipua di emanar leggi, e d'indirizzare per vie più facili coloro che aveano in animo di studiarle: lo secondò la ventura di rinvenire uomini atti a fiancheggiarlo nei progetti, cui meditava ridurre a realtà (4). Lui imperatore, si fu che apparvero quei nuovi libri di diritto (5), che fino a' dì nostri tutta ritennero la loro autorità, e la cui importanza ne impone tenerne parola in un modo speciale (6).

§. 61. *Delle raccolte di diritto di Giustiniano. — I. L' antico Codice.*

Giustiniano die' primieramente mano a raccogliere di nuovo le costituzioni degl' imperatori. Da tutte le raccolte di leggi fatte già per lo in-

(1) Trovasi in Schulting, p. 827, e nell' edizione di Berlino dell' *Jus civile antej.* V. a tal proposito: Savigny, t. II, pag. 140. - Haubold, *loc. cit.* p. 287. - Eichhorn, §. 4. - Hugo, p. 1049. - Zimmern, §. 114.

(2) V. sopratutto Savigny, t. II, p. 24.

(3) V. sulla vita e carattere di Giustiniano: Haubold, *Inst. jur. hist. dogm.* §. 222. - Bach, *Hist. jur.* IV, e 1, sect. I.

(4) I più rimarchevoli tra questi sono: Triboniano, Teofilo, Doroteo, Taleleo, Stefano, Anatolio, Cratino. V. Const. *Tanta de confirmat. digestorum*, §. 9, e Bach, *loc. cit.* Sect. 3, §§. 4-21.

(5) L'istoria delle sue compilazioni è riportata da Giustiniano istesso, nelle sue ordinanze di pubblicazione, che sono sempre citate colla parola colla quale cominciano, come nella nota precedente, const. *Tanta*. Spesso precedono le collezioni che esse concernono, e spesso si trovano riunite al Libro I, titolo 17 del Codice.

(6) Sulla loro origine, spirito e carattere, V. li antichi autori citati in Haubold, *loc. cit.* §§. 266-301, e su tutti Bach, *loc. cit.* Secl. 2, §. 3, e seg. - Hugo, pag. 1050, e seg. Savigny, t. I, p. 12-15. - W. F. Clossio, *Hermeneutik des Röm. Rechts und Einleitung in das Corpus juris civilis*, p. 105, e seg., somministra anco un eccellente idea sull' origine, fine, contenuto e lavoro delle compilazioni di Giustiniano.

nanzi, egualmentechè dalle costituzioni, che lor venner dietro, si estrasse tutto ciò che apparve di utile, si compendiò per quanto possibil fosse, si riunì in un sol corpo, togliendo via tutto ciò, ch'era disusato, ed aggiugnendo le mutazioni richieste dalle circostanze, si dispose il tutto per materie sotto differenti titoli, e se ne compose un' opera sola. Volgendo al fine l'anno 528, nominò Giustiniano una commissione di dieci giureconsulti, a cui accordò un molto largo potere, e pose loro a capo *Giovanni, ex-quæstor sacri palatii*. Nel qual numero era ben anco Triboniano, salito dappoi in tanta celebrità (1). La commissione, in quattordici mesi, aveva posto fine all'opera, di che gli era stato dato carico. Questo nuovo Codice diviso in dodici libri, fu confermato da una particolare costituzione di Giustiniano, e venne al tempo istesso abrogato l'uso delle antiche collezioni di rescritti e d'editti (2).

Abbiam perduto questo primo Codice di Giustiniano, chiamato di presente *Codice Antico* (3).

§. 62. 2. *Le Pandette.* — A. *Di coloro, che furono incaricati di comporle.*

Terminate le costituzioni, Giustiniano, nel 530, diede commissione a Triboniano, investito in allora della dignità di *quæstor sacri palatii*, dopo aggiuntigli altri sedici giureconsulti (4), di cavare dalle opere di coloro che aveano in antico esercitata con maggiore estimazione, la legge tutto ciò, di cui poteva farsi uso, e riuniti questi estratti per ordine di materie e sotto titoli differenti. Insieme all'incarico di questa compilazione die' loro una pressochè illimitata autorità (5). Nè venivano astretti ad uniformarsi, nei loro estratti, alla Legge di Valentiniano (6), nè di attenersi ciecamente alla lettera degli scritti; avevano del pari il diritto di toglier via, di aggiungere, e in generale di mutare quanto lor sembrasse opportuno. Doveano per loro sparire le contradizioni degli antichi giureconsulti, doveva schivarsi ogni lor ripetizione, passarsi in silenzio tutto ciò che sapesse di antico (7). Fu necessaria conseguenza che gli estratti mancassero di fedeltà, che fossero di sovente modificati o resi compiuti, secondochè richiedevano i tempi vissuti da Giustiniano. Queste modificazioni e queste addizioni son d'ordinario chiamate *Emblemata Triboniani*.

§. 63. B. *Modo tenuto in questa compilazione.*

Fu quest'opera immensa tratta a fine in tre anni dalla commissione, che Giustiniano avea nominata (8). In sì breve giro di tempo, essa avea rovistate le opere di trentanove giureconsulti (9); così, quando si pon

(1) Const. *Hæc quæ necessario* de novo codice faciendo, Dat. Ibid. feb. 528.

(2) Const. *Summa reipublicæ*, de Justin. Cod. confirm. Dat. 7. Ibid. ap. 529.

(3) Giustiniano lo chiama *Codex Justinianeus* nella Const. *Cordi nobis*, de emendat. Cod. §. 5. - Hugo, p. 1051. - Zimmern, t. I, p. 48.

(4) Giustiniano istesso li nomina nella const. *Tanta*, §. 6, e nella const. *Dedit*, §. 9.

(5) Const. *Deo auctore*, de conceptione digestor. ad Tribonianum. Dat. 18. cal. januar. 530. V. ancora la const. I, c. I, 17.

(6) V. la nota 3, del §. 53.

(7) Const. *Deo auctore*, §§. 4-9. - Hugo, p. 155. - Zimmern, t. I, §§. 59, 60.

(8) Giustiniano istesso chiama quest'opera *opus desperatum* (V. il proem. Inst. §. 2.) e pensa che si poteva sperare di terminarla appena in dieci anni. Const. *Tanta*, De confirmat. Dig. §. 12. Egli parla assai spesso dell'*immensa veteris prudentiæ volumina*. Due mila trattati furono estratti e repartiti in cinquanta libri. Egli ha cura di far rimarcare di aver diminuito milioni di linee, riducendole a non più di cento cinquanta mila. Const. *Tanta*, §. I.

(9) Giustiniano voleva che si facesse una tavola degli autori e dell'opere, da cui eransi estratti dei frammenti, e che venisse posta questa tavola, alla testa

mente ch'eglino attinsero le opinioni degli antichi, non già nelle istesse opere loro, ma in altri scritti, ove erano state inserite, non si vuole ricercarne la causa che nella impazienza, che li accompagnava nell' opera loro, e nel desiderio di toccar la meta proposta per le vie le meno faticose. Tanti testi e passi particolari, tolti da un'opera originale, ove formavano un insieme e disposti in altr' ordine, racchiudevano degli errori e delle incoerenze. Ad ogni estratto, che generalmente consisteva in uno o più paragrafi (1), si citò con una iscrizione il nome e l'opera del giureconsulto, onde era cavato. Tutta questa compilazione, composta di cinquanta libri, fu chiamata *Digesta* (2) o *Pandettæ* (3) *juris enucleati ex omni vetere jure collecti*. Era l'opera in special modo consacrata alla pratica, e perciò nell'ordine delle materie si risguardò, il più che si potesse, all'ordine dell'editto; conciossiachè quegli il quale avea familiare l'editto, rinvenivasi con pari facilità nelle *Pandette* (4). Di quì la divisione fatta da Giustiniano di tutta l'opera in sette parti, corrispondenti verisimilmente alle divisioni dell' editto (5). Ma sembra essersi egualmente seguito un piano stabilito nel luogo assegnato ad ogni frammento di titolo, e per tanto tempo tenuto per casuale e arbitrario. La qual cosa ha primieramente dimostrata Blume ai dì nostri (1820), ed Hugo ha poi confermata. È probabile che i redattori delle Pandette dividessero le opere tutte, da che toglier doveano degli estratti, in tre classi, e se pure dividessero in tre commissioni. Faceva la prima lettura ed estratti delle opere appartenenti al *jus civile*, nel cui numero erano specialmente i *Libri ad Sabinum*; la seconda commissione estraeva dalle opere riguardanti l'editto, da quelle in peculiar grado d'Ulpiano *ad Edictum*; la terza, per ultimo, faceva estratti di scritti pratici, da cui venivano decisi dei casi speciali, soprattutto dei *Responsa* di Papiniano e delle *Quæstiones* di Paolo. Si vennero così a formare tre classi di estratti: quella di Sabino, quella dell'Editto, e quella di Papiniano. Di esse si composero i titoli delle Pandette. Ad ogni titolo fu dato in generale per base quella delle tre masse, che offerisse i più prestanti e meglio numerosi frammenti, vi si paragonavano allora le altre due di minor mole; se ne radiavano le ripetizioni, si togliean via le contraddizioni, le necessarie modificazioni vi si recavano. Ciò che avanzavane era collocato a seguito

---

delle *Pandette*. Const. *Tanta*, §. 28. — Const. *Dedit*. §. 20. Non si sa se questo desiderio ebbe esecuzione; egli è vero che si trova un elenco in lingua greca (*index florentinus*) in fronte al manoscritto delle *Pandette florentine*; ma non è nè esatto nè autentico. È stato anco inserito nell' edizione di Goething del *Corpus Juris*.

(1) Questi passi isolati, ordinariamente si dicono *leges*; (Const. *Dedit*. §. I.) abbenchè non fossero che estratti o frammenti di opere di Giureconsulti, perchè essendo inserti nelle Pandette avevano una autorità legale. Si dicono anche adesso *leges*; si dovrebbe dire *fragmenta*.

(2) Questo nome deriva da *digerere in partes*, perchè Giustiniano divise tutta quest' opera in sette *partes* (§. 65.)

(3) Di πᾶν, e di δέχομαι, perchè comprendevano tutto ciò che poteva esservi d'utile. Questa collezione doveva essere un repertorio generale pel *jus civile*, come il *Codex* per le costituzioni. - Hugo, p. 1078.

(4) Giustiniano istesso prescrive nella const. *Deo auctore*, §. 5, la compilazione delle *Pandette: ad edicti imitationem*.

(5) Const. *Tanta*, §. 2-8. Queste parti sono le seguenti: Pars I (Proba) comprendeva i libri, I-IV; Pars II (De judiciis) i libri V-XI; Pars III (de rebus sc. creditis) i libri XII-XIX; Pars IV (umbilicus) i libri XX-XXVII. (I tre primi libri della IV parte erano designati sotto il nome d' *Antipapinianus*. Pars V (de testamentis) i libri XXIII-XXXVI; Pars VI (senza intitolazione) i libri XXXVII-XLIV; Pars VII (senza nome); i libri XLV-L, di cui i libri XL-LVIII e XLIX, si dicevano ancora *libri terribiles* perchè si occupavano del diritto criminale.

della prima massa, di guisa che la meno numerosa delle due più brevi riunioni di estratti componeva la fine del titolo. È perciò che l'ordine di queste tre masse differisce secondo i differenti titoli. Non da tutti i titoli, del resto, son contenuti dei frammenti delle tre masse; non vi hanno che i meglio considerabili, i quali le racchiudano tutte, e in molti infra essi le tre masse due volte eziandio si conseguitano. La regola, d'altronde, della disposizione e dell'ordine dei frammenti è andata soggetta ad assai eccezioni (1).

§. 64. C. *Della pubblicazione delle Pandette.*

Il giorno 16 del dicembre 533 si pubblicarono le Pandette da Giustiniano; ma solo il 30 del mese istesso spiegarono forza di legge (2). Vietò Giustiniano, nel confermarle, l'uso degli scritti degli antichi giureconsulti, e affinchè la scienza del diritto più non ritornasse, come per lo innanzi, diffusa, mutabile, incerta, prescrisse niun commentario doversi stendere su questa nuova compilazione; potersi al più voltare litteralmente in greco (*versiones*, *κατάπόδα*), e farne delle concordanze colle rubriche (*παρατίτλα*) (3).

§. 65. *Della divisione delle Pandette e del modo di citarle.*

Le *Pandette* son state, in ogni tempo citate in modi diversi.

Citaronsi in antico primieramente così:

D. *de jure dotium*, L. *profectitia*, §. *si pater* (4).

O ben anco:

L. *profectitia*, §. *si pater*, D. *de jure dotium.*

Più tardi, si citarono in questa guisa:

L. *profectitia* 3, §. *si pater* 6, D. *de jure dotium.*

E finalmente:

L. 5, 9, 6, D. *de jure dotium.*

Questo modo di citare nell'ultima forma è anch'oggi in uso: solo molti, invece di L., pongono a preferenza, e più esattamente Fr., aggiugnendo fra parentesi i numeri del libro e del titolo; a modo d'esempio:

Fr. 5, §. 6, D. *de jure dotium* (XXIII, 3).

Volendo parlar del *principium* d'un frammento, in luogo del segno e del numero del §., si pone solo *pr.*; a modo d'esempio:

Fr. 5, pr. D. *de jure dotium* (XXIII, 3).

Ve n'hanno pur molti al presente, i quali citano per via dei soli numeri, come:

Fr. 5. §. 6, D. (XXIII, 3).

Od anche:

D. XXIII, 3, fr. 5, § 6; o, più brevemente:

D. XXIII, 3, 5, 6.

In quanto ai libri 30. 31. e 32. delle *Pandette*, importa sapere ch'essi non vanno distinti in titoli; ma che, sebbene composti anch'essi de'passi estratti, sono divisi in tre parti che formano il trattato de *legatis et fideicommissis*; di guisa che:

---

(1) V. a tal proposito. Hugo, nella *Themis*, t. III, p. 278. - Schweppe, RG, §. 121, 122.

(2) A tale effetto, Giustiniano pubblicò due costituzioni, l'una in latino e l'altra in greco, di cui il contenuto era lo stesso; la prima è la const. II. *Tanta* 2, C. I, 17; la seconda, la const. *Δεδωκεν* s. *Dedit* 3, C. I, 17. - Per la const. *omnem reipublicæ ad antecessores*, determinò in qual modo voleva che s'insegnassero le *Pandette*. V. su tal proposito: Zimmern, §. 70.

(3) Const. *Tanta*, §. 21. - Const. *Dedit*, §. 70.

(4) Così cita la glossa. - D. e il segno *ff.* che così sovente vi si riscontra significa *Digestum*. In luogo di questi segni si scrive P. *π* che tutti e due designano la parola *Pandectæ*. Cpr. *Themis*, t. IV. p. 47, 115.

Dig. lib. 30, — lib. 1, *de legatis*.
Dig. lib. 31, — lib. 2, *de legatis*.
Dig. lib. 32, — lib. 3, *de legatis*.
A cagione di distinguerli nel citarli, si scrive così:
Fr. 108, §. 3, D. *de legatis* I. o D. 30,
Fr. 76, §. 1. D. *de legatis* II, o D. 31.
Fr. 36, D. *de legatis* III, o D. 32.

§. 66. 3. *Le cinquanta decisioni*.

Fu al certo facil cosa che, in compilar le *Pandette*, si rinvenissero decisioni controverse negli scritti de' giureconsulti. La *legge di Citazione* di Valentiniano essendo abrogata, e tanto più essendo malagevole lo stare al numero dei suffragi, inquantochè niun giureconsulto antico avesse special preferenza sugli altri, non ardivano addossarsi l'incarico di sciogliere di per sè la questione, fu mestieri che Giustiniano con particolari decisioni finisse quelle diversità. Molte di queste decisioni, in numero di 34. aveano già veduta la luce innanzi il 530, allorchè ebbe principio il lavoro delle *Pandette* (1). Durava la compilazione delle *Pandette*, ch'esse ascesero a 50, ed ebbero luogo dipoi nel nuovo Codice (§. 69) (2). S'ignora pur non ostante, se tutte vi sieno inserite, e a quali distintivi si possano riconoscere. Son questi i segni per cui si sogliono comunemente ravvisare.

1. Hanno per titolo *Justinianus Juliano* o *Joanni P. P.*

2. Terminano con queste parole: *Lampadio et Oreste coss*. 530 o 531, o *anno primo vel secundo post consul. Lampadii et Orestis*.

3. Contengono una decisione d' una questione controversa fra gli antichi giureconsulti (3).

§. 67. 4. *Le Istitute*.

Fin da quando si diè opera alle *Pandette*, si potè ravvisare come una compilazione di tanta mole non potesse soddisfare allo scopo, cui miravasi nello insegnamento del diritto ai principianti. Per porre adunque un riparo alla mancanza di un libro elementare, impose Giustiniano a Triboniano di redigere, Teofilo, e Doroteo, un ristrettissimo sistema di diritto, che portasse il nome d'*Istitute*. Doveano esporvisi i principali fondamenti della scienza del diritto (4), e tuttochè riguardano all' antico diritto doveano attenersi precipuamente alla pratica (5). Sulle *Istitute* di Gaio si basarono quelle di Giustiniano, le quali non sono dietro ciò che una nuova redazione dell' opera di Gajo, libro elementare fino allora nello insegnamento del diritto, ma oramai non del tutto accomodato alla pratica. Nel riformare le *Istitute* di Gajo, si allontanarono le cose andate in disuso, e si fece tesoro delle nuove costituzioni di Giustiniano. Il 21 Novembre 533 furono pubblicate le *Istitute*, e il 30 Decembre dell'anno istesso, rivestirono, insieme alle Pandette, legale autorità (6). Teofilo, uno dei collaboratori, ne fece un corso in greco, da questo provenne il commentario noto col titolo di *Theophili antecessoris Paraphrasis græca Institutionum cæsarearum*, il migliore per noi posseduto (7).

(1) Il modo di citare coi soli numeri fu già posto in opera nel *Brederodii Repertorium sententiarum*. Francof. 1664.

(2) Hugo, p. 1083.

(3) Const. *Cordi nobis de emendat. Cod. Just.* §. I.

(4) Const. 12. 13. C. III, 33. — Const. 10. C. VI, 26. - Const. 3. C. VI, 29. - Const. 31. C. VI, 42. - Const. 19. C. VI, 50. - Cpr Schweppe, §. 125.

(5) Proem. J. §. 3. in fine. Hugo, pag. 1079.

(6) Const. *Tanta* et. const. *Dedit*. §. II - Proemium Institutionum. In questa ultima costituzione Giustiniano dimostra il fine e il contenuto delle *Istitute*, e le conferma.

(7) Hugo, p. 1097. - Zimmern, §. 108, V. su tal rapporto il manoscritto di Teofilo a Messina.

§. 68. *Della divisione delle Istitute.*

Le *Istitute* son divise in quattro libri, ciascuno dei quali contiene più titoli (1). Vanno per la maggior parte preceduti da un *principium* e sono distinti in paragrafi. Solevansi citare le *Istitute* per via dei titoli e delle parole, che cominciano i paragrafi; a modo di esempio:

§. *fratris vero*, J. *de nuptiis*.

Ma al presente citansi d'ordinario per via dei titoli e dei numeri dei paragrafi, come:

§. 3. J. *de nuptiis*.

Od anche, coi soli numeri:

§. 3. J. I. 10.

O riunendo questi due modi di citare:

§. 3. J. *de nuptiis*, (I, 10).

§. 69. 5. *Il nuovo Codice.*

Terminate le *Pandette* e le *Istitute*, Giustiniano comandò, che si rivedesse il Codice pubblicato nel 529 (§ 61). Questa revisione era addivenuta necessaria inquantochè Giustiniano avea, da quel tempo, dato in luce molto gran numero di nuove costituzioni, specialmente le 50 decisioni (§ 60), che modificavano, mutavano e facean perfetto il diritto contenuto nelle *Pandette*, e che non erano nel Codice antico. Diè perciò ufficio a Triboniano, nel 534, di rivedere il *Codice*, insieme ad altri quattro giureconsutti Doroteo, Menna, Costantino e Giovanni; d'aggiungervi le nuove costituzioni e meglio conciliarlo col Digesto e colle *Istitute*. Questa revisione fu tratta a fine nell'anno istesso, in che era stata imposta, e la nuova edizione del Codice (*repetita prælectio*) fu da Giustiniano confermata il 16 Novembre 534, venendo ad un tempo abrogato il *Codice antico* (2).

§. 70. *Del contenuto e della divisione del nuovo Codice.*

Il *Codex repetitæ prælectionis* non contiene che le costituzioni degl'imperatori, le quali, da Adriano fino a Costantino, non sono per la maggior parte che rescritti; ma da Costantino fino a Giustiniano, sono editti o leggi nel loro stretto significato. È repartito il Codice in dodici libri, che suddividonsi in titoli, dietro i quali vengon disposte le costituzioni, giusta le materie, cui si riferiscono; sono esse recate per ordine cronologico, ma spesso anche non per intiero. A capo d'ogni costituzione son posti il nome dell'imperatore, che la emanò, e della persona, cui è indirizzata; in fine è la data; benchè anche molte costituzioni si veggano *sine die et consule* (3). L'ordine delle materie è lo istessissimo del Digesto, sebbene il Codice, negli ultimi tre libri, contenga molte materie, che

Viglio di Zuichem lo pubblicò a Basilea nel 1534 in fol. Giacomo Curzio lo tradusse in latino. Carlo Annibal Fabrot lo corresse sopra altri manoscritti e lo pubblicò a Parigi nel 1638, e in seguito, cioè nel 1657 colla traduzione di Curzio che egli conservò ma corresse. La migliore e la più completa arricchita di varianti e di note, e d'una traduzione latina che non lascia niente a desiderare, è quella di Guillaume Otto Reitz, pubblicata a La Haye, 1751, in 2 vol. in 4. Fu annunziata una traduzione francese da M. Hamon, avvocato alla Corte Reale di Rennes. È stata ancora tradotta in alemanno da Wuestemann. Berlino 1823.

(1) Il numero dei titoli nelle *Institute* di Giustiniano è di 98 ordinariamente però se ne contano 99, perchè al sesto titolo del terzo libro dopo il paragrafo 9, in cui dovrebbe trovarsi un albero genealogico, comincia sotto il nome di *De servili cognatione*, un nuovo titolo che appartiene al sesto, secondo Teofilo e i migliori manoscritti.

(2) Const. *Cordi nobis* de emend. Cod. Just. §. 2. 3. - Hugo, pag. 1038. - Zimmern, §. 49.

(3) Ben inteso le *vere* costituzioni; perchè le *leges restitutæ*, sono tutte *sine dies et consule*.

non si trovano nelle Pandette (1); per lo contrario, vi son state dimenticate molte costituzioni comprese nell'antico Codice e citate nell' Istitute (2). Molte costituzioni esistenti in origine nel *Codex repetitæ prælectiones*, sono andate perdute, colpa de' negligenti copisti. Solo nei tempi moderni sono state in parte reintegrate da Augustin, Le Charon, Cujacio e Conte, che in parte nelle Basiliche (§. 75), in parte negli atti del concilio di Efeso ed in altri fonti del diritto canonico le rintracciarono; donde il loro nome di *Leges s. constitutiones restitutæ* (3). Citasi il Codice egualmentechè le Pandette, chiamando, *Lex* ogni passo; per esempio *L. 22, C. mandati vel contra.* Migliore sarebbe di scrivere *const.* in vece di *lex* (4) o citar brevemente:

Const. 22. C. IV, 35.

Od anche indicando il titolo ed il numero:

Const. 22. C., *mandati vel contra* (IV. 35).

§. 71. 6. *Le Novelle.*

Il Corpo del diritto era al certo reso compiuto pel *Digesto*, per le *Istitute*, e pel *Codex repetitæ prælectionis*; ma pel lungo corso di tempo, che durò il regno di Giustiniano, egli emanò, dal 535 fino al 563, gran copia di particolari ordinamenti, per cui interamente mutava ciò che per lo innanzi avea pubblicato. Queste nuove costituzioni alcune, in latino, altre sono scritte in greco; lo stile è gonfio ed oscuro; e si conoscono col nome di *νεαραι*, *διαταξεις*, *novellæ constitutiones*. È dubbio, se Giustiniano da per sè le disponesse in un dato ordine, siccome avea in animo (5); ma certo si è, ch'egli niuna raccolta ne diede in luce. Subito dopo la sua morte, fu fatta una collezione di 168 novelle greche (6), ma di questo numero 154 sole a Giustiniano, le altre spettano ai successori di lui. Più tardi, i glossatori riunirono le Novelle, e ne fecero 9 collazioni, ascendenti in tutto a 97 *Novelle*, imperocchè le altre più non servivano alla pratica (7). Ogni collazione contiene molti titoli, ognuno dei quali è d'ordinario una *Novella*; solamente la Novella ottava forma due titoli, che sono il secondo ed il terzo della seconda collazione. I glossatori, che sole novantasette Novelle ammisero nelle nove lor collazioni, non vennero in conseguenza a fare che novantotto titoli. Perciò chiamaronsi: *extravagantes* o *novellæ extraordinariæ.* Le collezioni moderne contengono le 168 Novelle, ma quelle accompagnate da una glossa vi si veggon confuse con quelle che non l'hanno; il che fa differire l'ordine e il numero delle Novelle nelle diverse edizioni (8).

§. 72. *Epitome Juliani e Versio vulgata Novellarum.*

Morto appena Giustiniano, comparve, verso l' anno 570, per opera di Giuliano insegnatore di diritto a Co-

---

(1) Hugo, pag. 1086.

(2) Per esempio: §. II, J. 10, 11. - §. 7, J. III, 2. - Pr. J. III. 7. - §. 3, J. III. 8. - Pr. J. III, 10.

(3) Per esempio: const. 24, c. IV, 35. - const. 46, c. I. 3.

(4) Giustiniano istesso le chiama così nella const. *Hæc quæ necessario*, §. 2; const. *Summæ reipubl.*, et const. *Cordi nobis*, pr.

(5) Const. *Cordi* de emend. cod. § 4. - Nov. 25, epilog. - Nov. 126, c. 5, §. I.

(6) Savigny, *Istoria del Diritto Romano nel medio evo.* t. III, p. 450. - V. il §. 95. Nota 5 in cui queste 97 Novelle sono indicate.

(7) Oltre queste 168 Novelle il *corpus, Juris civ.* contiene ancora 13 editti di Giustiniano, che invero sono pure Novelle, ma principalmente disposizioni particolari per certe città o provincie.

(8) Hugo, p. 1101. - Zimmern, §. 49 in fine, e §. 110.

stantinopoli, un estratto in latino assai esteso, di cento venticinque Novelle; noto il nome di *Epitome novellarum* o di *Liber novellarum*; e ci ha dappoi ottenuta, soprattutto in Occidente, una grande autorità (1). Poco dopo la morte di Giustiniano fu fatta eziandio una versione completa delle Novelle, di cui sono sconosciuti gli autori. Fu in seguito chiamata dai glossatori *Corpus authenticum* (2), a cagione di distinguerla dall'*Epitome Juliani*; ed è quella che i glossatori han divisa in nove collazioni, e che al presente dicesi *Versio vulgata* (3).

§. 73. *Del modo di citar le Novelle.*

Secondo l'antico modo di citar le Novelle adottato dai glossatori, e seguito per lungo tempo dop'essi, poneasi primieramente *Auth.*, dipoi la rubrica del titolo sotto il quale trovavasi la Novella nella collazione dei glossatori (4); quindi si scrivevano le parole, che cominciavano il paragrafo, per le quali comprendevasi il capitolo della Novella, e finalmente seguiva il numero della collazione, e d'ordinario quello del titolo, come:

Auth. de hæred. ab intestato §. si quis. coll. 9. tit. 1.

Tal modo di citare è oggi fuor uso; ed essendo le Novelle, almeno in tutte le nuove edizioni fatte dopo l'edizione non glossata di Conte, disposte per numero nelle collazioni, citasi la Novella giusta il numero ch'hanno al presente, senza risguardare alla collazione. La precedente citazione si vorrebbe scrivere in tal guisa:

Nov. 118, cap. 1. (5).

---

(1) L'*Epitome* fu pubblicato prima da Boerio, a Lione nel 1512; in seguito da le Mire nel 1561; da Agostino nel 1567, e da F. Pithon, a Basilea, nel 1576, sotto questo titolo. *Imp. Justiniani Novellæ constitutiones per Julianum de græco translatæ*; Infine ristampato con qualche variazione, nel Petr. e Franc. Pithæi *Observat ad codicem.* Parigi 1689. p. 403. L'edizione del *Corpus Juris*, de Senneton (Lyon, 1349. 1350), Ved. più sotto §. 104 nota 3. Cpr. ancora Savigny, *Istoria del Diritto Romano nel medio evo.* t. II. pag. 11.

(2) Da ciò deriva il nome d'*Authenticæ* che i glossatori dettero alla traduzione completa delle Novelle per distinguerle dalle *Novellæ Juliani.* - Savigny, t. III. p. 453, 488.

(3) Essa è antichissima, ma ancora nocevolissima. È quella che si trova nel *Corpus Juris civ.* Ne son comparse migliori versioni per cura di Gregorio Haloander (1531) e di Giovan Federico Hombergkzu Vach nel 1717. - V. più sotto il §. 102.

(4) E non già come dice Hœpfner (*comm.* §. 11, e 12, n. 7.) *Le parole che cominciano la Novella.*

(5) Nell'edizione *colla glossa* non si può cercare sotto questa cifra. V. il §. 71, infine.

SEZIONE TERZA

Delle vicende del Diritto Romano dopo Giustiniano.

I. IN ORIENTE.

§. 74. *Versioni greche delle raccolte di Giustiniano.*

Conciossiachè la lingua latina, in cui da Giustiniano eransi composte e pubblicate le sue raccolte di leggi, non fosse la lingua usata dai Bizantini, quelle ben presto in greco voltavansi; ma la traduzione or troppo diffusa, or troppo concisa, di rado fedele e rendente l'originale parola per parola, il che tuttavia Giustiniano avea richiesto, permettendo la versione delle sue raccolte (1). Abbenchè nessuna di queste versioni greche delle Istitute, del Digesto e del Codice emanasse da pubblica autorità, e tutte fossero opera di privati, pure in breve addivennero di molto maggior uso che gli originali. Si aggiunse a queste opere gran copia di costituzioni dei successori di Giustiniano; nè, sebbene egli espressamente vietasse il comentare le sue raccolte (§. 64), fu punto rispettato questo divieto dai giureconsulti, che a lui venner dietro. Videsi in breve apparire una moltitudine di comentarii greci su i libri di diritto Giustiniano; dai quali naturalmente delle mutazioni introdotte, dopo Giustiniano, nel diritto romano in Oriente dovea tenersi proposito; il che rese la scienza del diritto sì estesa e sì incerto l'uso delle raccolte di Giustiniano, che trecento anni dopo, si addimostrò la necessità di fare una nuova compilazione del diritto allora vigente (2).

§. 75. *Basilica* (3).

L'Imperatore *Basilius Macedo* gettò i fondamenti di questa compilazione. Fece primieramente comporre, nell'876, un corso in compendio dei diritti romano e greco, col titolo di *πρόχειρον τῶν νόμων*; il quale racchiudeva quaranta titoli e servir doveva di libro elementare. Fece quindi por mano da una commissione di giureconsulti ad una nuova raccolta da compilarsi in greco. Si trasse specialmente partito per questa opera dalle versioni greche, che già eran comparse, e dai comentarii dei libri di Giustiniano, e si compose un insieme colla riunione delle diverse raccolte di Giustiniano, delle sue costituzioni separate e di quelle dei suoi successori. Infrattanto *Basilius Macedo* morì prima di portare ad esecuzione il suo disegno, nell'886. Il figlio di lui, Leone il Filosofo, fattala condurre a compimento, pubblicò quest'opera, chimandola *Basilica* (4); la quale comprendeva sessanta libri, ove

---

(1) Const. *Tanta* de confirm. Dig. §. 21.

(2) Sopra i fonti del diritto romano e greco dopo Giustiniano, V. W. F. Clossio, *Hermeneutik*, p. 87-105.

(3) Haubold, *Inst. Jur. dogm.* ed Otto, §. 306-309. - Hugo, p. 1102. - Riener nella *Themis*, t. VII, p. 165; t. IX, pag. 321. — Berriat-St.-Prix, *ibid.* t. X, p. 161, e Longueville, *ibid.* p. 172

(4) Questo nome è opportuno sotto due rapporti, sia che Leone intitolasse

il tutto era disposto per materie e per titoli. Verso il 945, l'imperatore Costantino Porfirogenèta fece vegliare ad una nuova edizione delle Basiliche (Ἀνακάθαρσις τῶν Βασιλικῶν s. *Basilica repetitæ prælectionis*). Questo corpo di diritto scritto in greco, è grandemente utile alla spiegazione dei libri di Giustiniano, abbenchè non si voglia farne uso se non con accorgimento (1); ma non ci restano di completi che trentasei libri, imperocchè sette non li possediamo per intero, e degli altri diciassette solo alcuni estratti ci ha trasmessi il Fabrot. La migliore e più completa edizione, che ne sia uscita in luce, è quella che il Fabrot ha sorvegliata, e pubblicata a Parigi l'anno 1647 (2), con una traduzione latina e con scolie; ed a cui Reitz, nel 1772, ha fatte alcune altre addizioni (3). C. Vitte il primo ha pubblicato per intero il titolo *de diversis regulis juris* (4). Abbiamo eziandio una *Sinopsis* od *Ecloga* delle Basiliche, che nient'altro è che un repertorio di queste Basiliche ordinariamente disposte per ordine alfabetico, e recate poi giusta l'ordine dei libri, nell' edizione di *Lœwenklau (Leunklavius)* 1575, e le addizioni di Labbè, nel 1706 (5). Il manuale di Haubold giova grandemente a facilitare l'uso delle Basiliche, e la ricerca dei passi copiati dai libri di diritto Giustinianèo (6); le nuove edizioni del *Corpus juris civilis* per cura dei fratelli Kriigel e di Beck (§. 105) rimandano anch'esse, ad ogni passo, alle Basiliche. Heimback pure ha pubblicata una nuova edizione critica delle Basiliche, con scolie; questa edizione richiama ai passi corrispondenti dei libri di Giustiniano (7).

§. 76. *Novellæ Leonis.*

Oltre le Basiliche, l'Imperatore Leone pubblicò dall' 887 all' 893 molti nuovi ordinamenti, per cui veniva a mutare in più parti le cose stabilite dal diritto Giustinianèo. La raccolta, ch'egli stesso ne fece, contiene cento tredici Novelle, scritte originariamente in greco (8), e più tardi, nel 1560, voltate in latino da Agilèo; ristampate

quest'opera *Basilica* per onorare la memoria di suo padre, sia che facesse derivar questo nome da Βασιλικαὶ διατάξεις cioè a dire *Constitutiones imperatoriæ*.

(1) In Oriente ancora si fu d' avviso, fin dal sec. 12, che la legislazione di Giustiniano non fosse applicabile, eccettuato ciò che era stato ricevuto nelle Basiliche, come si conosce in Occidente questa frase: *Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia*. È ciò che si vede soprattutto dal Nomocanone di Fozio.

(2) Βασιλικῶν *libros* LX *græce edidit, et in latinam linguam transtulit et glossas veterum Jctor. addidit Car. Ann. Fabrotius*. Parigi 1647, 7. vol. in fol.

(3) Guill. Otto. Reitz. *Basilicorum libri quatuor XLIX, L, LI, LII nunc primum editi cum latina interpretatione et cum notis*; in Meerman *Thes.* t. V, p. 1, come pure sotto il titolo di *Operis Basilici Fabrotiani supplementum*. Lugd. Bat. 1765, in fol.

(4) *Basilicorum titulus de diversis regulis juris antiqui nunc demum integer, e codice coisliniano*, ed. Car. Witte. Vratislav. 1826.

(5) Βασιλικῶν *librorum LX Eclogas. Synopsis*, ex ed. cum versione item cum adnotationibus Jo. Leunclavii. Basil. 1575, in fol. - C. Labbaeus, *Obs. et emend. in Synopsin*, Βασιλικῶν Parigi, 1606. Denuo edit, Parigi, 1679, in fol.

(6) Haubold. *Manuale Basilicorum*. Lips. 1819. - C. G. Heimbac, *Basilicorum cum jure justinianeo collatorum spec.* I, ci offre il principio di una nuova comparazione critica delle Basiliche coi libri di Giustiniano.

(7) *Basilicorum libri* XL. Post Annibalis Fabroti curas ope Codd. mss. a Gust. Heimbachio aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adjecit C. G. E. Heimbach. Lips. 1833.

(8) Sono state pubblicate in greco primieramente da Scrimger, a Parigi, nel 1558. - Haubold, *Inst. hist. dogm.* ed Otto, §. 310.

l'anno appresso, hanno d'allora fatta parte del nostro corpo di diritto (1).

§. 77. *a. Costantino Armenopulo.*

Fra gli scrittori greci degli ultimi tempi, per cui si dette opera agli studi sul diritto romano-greco (2), e peculiarmente sulle Basiliche, si dee distinguere Costantino Armenopulo, morto a Costantinopoli nel 1382. Scrisse in sei libri un manuale di diritto romano-greco, col titolo di *προχειρον των νομων*, cui Teodorico Adamée per la prima volta, nel 1540, dava in luce a Parigi. La migliore edizione di quest'opera si pubblicò, insieme ad una traduzione latina, da W. Otto Reitz nel 1780 (3).

§. 78. *Diritto romano-greco nella Grecia dei tempi nostri.*

Espugnata Costantinopoli e distrutto dai Turchi l'impero greco, nel 1453, andarono a dir vero i Greci soggetti al dominio dei vincitori, ma si concesse loro tuttavia, anche dopo sconfitti, di ritenere di per sè i loro giudici ed il loro diritto particolare. È per ciò che le Basiliche restarono appresso di loro in grande autorità, e formarono fino a' dì nostri la base del loro diritto civile (4). Con un decreto del 4 (16) febbrajo 1830, il defunto presidente Capo d'Istria, nominò una commissione incaricata di rivedere le Basiliche e le Novelle degli antichi imperatori di Bisanzio. Debbonsi in quest' opera raccogliere e disporre tutti i diritti civili e le leggi vigenti al presente nella Grecia (5).

II. IN OCCIDENTE.

§. 79. A. *Del diritto romano in Italia.*
I. *Avanti i glossatori.*

Aveva Giustiniano in origine destinati per l'Oriente i suoi libri di diritto. Ma poichè ebbe vinti, nel 535, gli Ostrogoti, ch'aveano estesa signoria sull'Italia, e questa ebbe recata in suo potere, fece ad un tempo che i tribunali e le scuole accogliessero le sue raccolte di diritto. Diede a ciò conferma nel 554 colla *Sanctio pragmatica,* conservatane da Giuliano nei suoi estratti delle Novelle (§. 72) (6). Da quel momento l'uso del diritto romano si stabilì in Italia, ad onta di tutte le rivoluzioni politiche, che l'agitarono nel volgere dei secoli susseguenti, ed anche sotto il dominio dei Longobardi e dei Franchi (7). Sembra tuttavolta che, imperanti i Franchi, il *Breviarium Alaricianum* (§. 50) s'introducesse in Italia, e che fosse di sovente dai Romani-Longobardi emendato (8).

---

(1) Si trovano nelle due lingue, nell' edizione del Le-Conte. Lione 1571. Si trovano pure riunite in Edm. Bonfidio, s. di Bona-Fede, *Jus Orientale.* Parigi, 1573. e nel Leunclavio, Jus *græco-rom.* Francf. 1596.

(2) Haubold, *loc. cit.* §. 315.

(3) Si ha nel supplemento di Meerman, *Thes. jus civ.* p. 1-436.

(4) *Thémis,* t. I, p. 201.

(5) Ciò fu pubblicamente annunziato.

(6) Essa incomincia colle parole *Pro petitione Virgilii* (§. 11) e si trova nelle addizioni al *Corpus juris* (edizione di Gott. t. III. pag. 669).

(7) V. Savigny *Istoria del Diritto Romano nel medio evo.* t. I, II, e l' eccellente opera di J. D. Meyer, intitolata: *Spirito, origine e progressi delle istituzioni giudiciarie dei principali paesi d'Europa.* La Haye, 1818, 6 vol. - Haubold, *Inst. Jur. Roman. hist. dogm.* ed. Otto, §. 938-943.

(8) La *lex Romana* che pubblicò Canciani *Leges barbar.* vol. II, p. 463 ex codice Utinensi, contiene, un uguale edizione del breviario per l'Italia. - Si trova essa in Walter, *Corpus jur. germ. antiqui.* Berol. 1824, t. III, p. 691. - Savigny, t. I, p. 363 e t. IV, p. 470.

§. 80. *Brachylogus*.

Abbenchè la decadenza delle arti e delle scienze insieme alla barbarie ed all'anarchia, che in ogni luogo tenean regno nella età di mezzo, non lasciassero adito ad alcuna speranza, che il diritto romano divenir potesse l'objetto di lavori scientifici, quei tempi ne hanno ciò non pertanto trasmesso un libro, che in uno dei manoscritti fino a dì nostri conosciuti nella biblioteca di Vienna, s'intitola *Summa Novellarum constitutionum Justiniani Imperatoris* (1), ma già assai più noto da parecchi secoli, col titolo di *Brachylogus juris civilis* o di *Corpus legum per modum Institutionum*. Vi si racchiude un sistema succinto del diritto romano, di cui le Istitute formano la base, sebbene siasi cavato partito anche dalle Pandette, dal Codice e dalle Novelle. L'autore di questo libro è al tutto ignoto; e il titolo di *Brachylogus* è stato appostovi solo da un editor posteriore. L'opera componevasi in Lombardia, verso il 1100 (2).

§. 81. 2. *Del tempo dei glossatori* (3).

Solo nel duodecimo secolo fù visto per la prima volta, in Italia, a risorgere l'amore dello studio del diritto romano, e la scuola di diritto di Bologna ne fece il precipuo objetto delle sue esercitazioni. Il primo insegnatore di diritto in Bologna, è Pepo, a cui, non sembra tuttavia debbasi annettere molto grande importanza (4). Gli tenne dietro Irnerio o Varnerio, che si procacciò una ben più estesa riputazione; visse e insegnò sul nascere del duodecimo secolo, e vuolsi tenere pel fondatore della nuova scuola di Bologna (5). Egli illustrò il testo delle compilazioni di Giustiniano con note e sull'intrinseco della materia e sull'espressioni, le quali si dissero *glosse*. Queste glosse vennero inserite nei manoscritti, ed, in principio, univansi anche al testo allato alle parole, di cui davano la spiegazione (*glossæ interlineares*); dappoi si scrissero in margine, talora di fianco, talora in capo al testo (*glossæ marginales*). I discepoli e i successori d'Irnerio tennero dopo lui il metodo istesso: ed ebbero di qui il nome di *glossatori* (6). I più celebri di essi sono: Bulgarus

---

(1) Hugo è di parere che questo titolo sia il vero e significhi: breve esposizione del diritto nuovo di Giustiniano.

(2) V. Hugo *Istoria del diritto romano dopo Giust.* pag. 91. 3. ed. - Haubold, *Inst. jur. rom.* §. 938. - Savigny, t. II, pag. 238, et suiv. - *Thémis*, t. V, p. 266. - Il *Brachylogus* fù primieramente pubblicato coll'edizione che fece Senneton delle collezioni di Giustiniano. Lione, 1549, 1550; ei l'ha dato come supplemento alle Istitute. - L'ultima edizione è comparsa sotto questo titolo *Corpus legum, s. Brachylogus juris civilis*, ad fidem quatuor codicum scriptorum et principum editionum emendavit, commentarios criticos adjecit, ineditam incerti scriptoris epitomen juris civilis medio duodecimo secolo factam e codice Tubingensi edidit ed. Boecking. Berol 1829. La prefazione contiene delle osservazioni sui manoscritti, sulle edizioni, luogo, epoca e fonti di questo libro di diritto.

(3) In proposito dei glossatori e loro primi successori, V. Panciroli, *De claris legum interpretibus*. Venet. 1637, ed. secunda. Ibid. 1655. Cura C. G. Hoffman. Lips. 1721. - Mauri Sarti et Mauri Fattorini, *De claris archygymnasii Bonon. professoribus*. Bonon. 1769, 1772. - Savigny *Istoria del dirit. rom. del med evo*, t. III. c. 18, 23, 24; t. IV, t. V. - Hugo, *Istoria del diritto romano dopo Giustiniano*, 1. ed. pag. 105, e seg.

(4) Odofredo in Dig. vetus, L. *Jus civile* 6, *de justitia et jure*. - Savigny, t. III. p. 395.

(5) Negli scritti del dodicesimo secolo dicesi ancora *Magister Guarnerius o Warnerias de Bononia*. Odofredo lo chiama *primus illuminator scentiæ nostræ o juris lucerna*. - Gloss. ad fr. 6. D. I, 1.

(6) Sul metodo dei glossatori, V. Savigny, t. III, p. 497, 514; t. V, p. 199.

(† 1166) e il suo avversario Martinus Gosia († verso il 1165), ed Ugo o Hugo de Porta Ravennate († 1168), Jacobus († 1178) (1), Rogerius († 1192), Albericus († 1194) Wilhelmus de Cabriano, Placentinus († 1192) e i suoi avversarii Henricus de Baila e Joannes Bassianus; Burgundio († 1194), Pilius († 1208), Cyprianus, Azo († 1230), Hugolinus Presbyteri († verso il 1234), Jacobus Balduini († 1235), Roffredus († 1243), finalmente Accursius († verso il 1260), e il suo avversario Odofredus († 1265) (2). Accursio è grandemente benemerito della scienza del diritto per aver raccolte le sparse glosse dei suoi predecessori, e, aggiungendovi alcune sue osservazioni (3), formatane una *glossa ordinaria*. Fu in seguito ampliata questa glossa con alcune addizioni, tolte dagli scritti dei giureconsulti, che vennergli appresso.

§. 82. *Delle autentiche nel Codice.*

I glossatori procurarono ancora di rendersi utili allo studio del Codice, col frapporre nelle costituzioni, cui le nuove disposizioni e specialmente le Novelle aveano mutate o modificate, degli estratti di questi nuovi ordinamenti, con delle citazioni (4). Questi estratti fureno in seguito chiamati *Authenticæ* (5), e non si debbono confondere colle Novelle chiamate egualmente *Authenticæ* dai glossatori. Esse vennero inserite, in forma di glosse, nel Codice, ove si riscontrano ancora in tutte le edizioni, e distinguonsi particolarmente per dei caratteri italici. Citandole, si pone primieramente la parola *Auth.*, poi il principio dell'Autentica, e per ultimo la rubrica del titolo, sotto il quale essa ritrovasi, od anche, giusta un nuovo modo, si scrive il numero del libro e quello del titolo, per esempio: Auth. *Et non observato* C. *de Testamentis* (VI, 23).

§. 83. *Delle differenti specie di Autentiche.*

Le Autentiche, che rinvengonsi nel Codice sono di due sorte. La maggior parte, in numero di duecento venti, sono estratti delle Novelle, di cui abbiam fatta parola. Esse non hanno forza di legge, se non in quanto son conformi al fonte, onde vennero attinte (6). Le altre, in numero di tredici, sono estratti di costituzioni emanate dagli imperatori d'Alemagna, Federico I e II, intorno la metà e la fine del duodecimo secolo: e dai professori di Bologna, in forma di estratti, son state inserite nel Codice. Dai loro autori traggon nome di *Authenticæ Fridericianæ*. Sono anteposte alle altre costituzioni, comecchè più recenti; si riconoscono alla iscrizione *Nova constitutio Friderici* (7), e si ci-

(1) Questi quattro sono riguardati, abbenchè senza ragione sufficiente, come i discepoli e successori immediati d'Irnerio, cui s'attribuisce il distico seguente:

BULGARUS os aureum, MARTINUS copia legum,
Mens legum est HUGO, JACOBUS id quod ego.

(2) Gli altri son citati da Savigny, t. IV, e V. Sulle controversie dei glossatori: Rogerii Beneventani *De dissensionibus Dominorum seu de controversiis veterum juris romani interpretum, qui glossatores vocantur, opusculum*, edid. C. G. Haubold. Lips, 1821. - Savigny, t. V, p. 221. - V. soprattutto *Dissensiones dominorum sive controversiæ veterum Juris Romani interpretum, qui glossatores vocantur* ed. et annot. illustravit G. Hænel. Lips, 1834.

(3) Hugo, p. 145. - Savigny, t. V, pag. 237.

(4) Biener, *Hist. anth. Codici et Institutionibus Justiniani insertarum*, sect. I, II, Lips. 1807. - Savigny, t. III, p. 488, e seg., 522; t. IV, p. 39 e seg.

(5) Ordinariamente si crede che questo nome derivi da ciò che esse chiamavansi *glossæ authenticæ*.

(6) Ciò non è sempre così. V. per esempio: Novell. 117, e 7, et Auth. *Si pater*, C. V, 24

(7) V. per esempio: Auth. *Habita*, c. IV, 13. - Auth. *Sacramenta puberum*, c. II, 28. non vi sono che le auth. *Gazoros*, c. I, 5, et auth. *Omnes peregrini*, c. VI, 59, che non abbiano questa iscrizione.

tano egualmente gli estratti delle Novelle.

§. 84. *Delle Autentiche nelle Istitute e nelle Novelle.*

I glossatori introdussero eziandio e nelle Istitute e nel Codice degli estratti delle Novelle, che lor derogavano, sotto forma di Autentiche; esse rinvengonsi a dir vero in alcuni manoscritti glossati delle Pandette, ma è raro che si trovino in tutte le edizioni (1). Abbenchè fra esse e le glosse ordinarie esista una diversità immensa, si stette non pertanto gran tempo senza distinguerle; erano state per lo contrario pressochè dimenticate, allorquando Savigny ed Hugo le richiamarono all' attenzione dei giureconsulti (2). Di tali Autentiche hannovi alcune anche nelle glosse alle Novelle, ma solo in alcuni manoscritti (3).

§. 85. B. *Del diritto romano in Francia.* — I. *Avanti i Glossatori.*

Nel regno dei Franchi che, ai tempi di Giustiniano, aveano dominio nella Gallia, i Romani erano governati dal *Breviarium Alaricianum* e dal *Codex Theodosianus*. L' uso del diritto romano in Francia, del pari che in Italia, si conservò per tutto il medio evo. Già fino dalla metà del secolo undecimo, dicesi che San Lanfranco, arcivescovo di Cantorbury, insegnasse il diritto romano, allorchè era abate a Bec in Normandia (4) ed un libro intitolato: *Petri exceptiones legum Romanarum*, fornisce la più evidente prova che, anche innanzi i glossatori, si ebbe ricorso ai libri di Giustiniano, nei lavori operati sul diritto romano per la Francia (5). Secondo le nuove ricerche di Savigny (6), quest' opera fu scritta in Francia e nel paese di Valenza (7). L'epoca, oltre la metà del secolo undecimo; l'autore poi sconosciuto. L'opera racchiude, in quattro libri, una esposizione sistematica del diritto, e specialmente del diritto romano. I fonti da cui è tratta sono le istitute, le Pandette, il Codice e le Novelle giusta l'*Epitome Juliani* (8).

§. 86. 2. *Dopo i glossatori.*

Ristabilito in Italia il diritto romano per gli sforzi dei glossatori, fu visto a sorgere un grande spirito di emulazione nelle scuole e nei tribunali francesi (9). Il libro chiamato al presente *Ulpianus de edendo*, in cui si contiene una breve esposizione della procedura, tratta dai libri di Giustiniano, è stato verosimilmente composto, intorno quel tempo, in Francia o nei Paesi Bassi, da uno scrittore del resto affatto ignoto (10). Placentinus, citato da noi fra i glossatori, professò

---

(1) Schrader, *Prodromus*, §. 42, e seg. - L'edizione delle istitute, pubblicata da Cujacio, sul 1585, le ha date primieramente, come supplemento; Baudoza, nel 1591 le ha poste accanto al testo. Si trovano ancora nell'edizione del *Corpus juris civilis*, di Beck. Leipsig. 1825.

(2) Savigny, t. IV, p. 50. e seg.

(3) Savigny, t. IV, §. 23.

(4) Haubold, *Inst. lit.* §. 20. - Savigny, t. II, p. 225.

(5) *Exceptio*, nel medio evo vuol dire: estratto.

(6) T. II, pag. 130 in cui si trova la più nuova edizione di questo libro come addizione al secondo volume.

(7) Fu anche corretta per l'Italia: da ciò deriva la differenza delle opinioni sulla patria di questo libro. - Hugo, *Istoria del diritto romano dopo Giustiniano*. 3. ed. p. 92, 93.

(8) L'ultima edizione di questo libro data da Barkow, si trova come supplemento, alla fine del secondo volume dell'*Ist. del dirit. rom.* di Savigny. p. 297. - Sui manoscritti, V. Savigny, t. II, pag. 130, e t. III, p. 663.

(9) Savigny, t. III, p. 313 e seg.

(10) Il titolo dell'opera, deriva dalla rubrica del primo passo. - Fin ad oggi non si conoscono di quest'opera che due manoscritti; uno si trova nella Biblioteca Arleana a Londra, e dietro una copia che ne è stata fatta, si pubblicò in par-

il diritto romano a Montpellier (1). San Luigi (1226-1270) fece tradurre in francese i libri del diritto romano (2); e Pietro Desfontaine scrisse, intorno il 1253, il diritto consuetudinario francese e ne fece il paragone col diritto romano (3). Fu di quest'ultimo, a dir vero, proibito l'uso a Parigi, verso il 1220, da papa Onorio III, che cercò proscriverlo, a motivo del gran favore che riscuoteva e della disgrazia in cui veniva per ciò a cadere il diritto canonico (4), ma questa proibizione rimase vuota d'effetto (5), quantunque rinnovata in appresso dal *Decreto di Blois*, nel 1619, art. 69. Dopo quel tempo, si levò quella scuola di giureconsulti Francesi, formatasi nello studio del diritto romano: vanno in special modo distinti quelli del secolo decimosesto, i nomi dei quali sono tuttora ripetuti con somma venerazione (6).

§. 87. C. *Del diritto romano in Inghilterra, in Spagna, nei Paesi Bassi e in Russia.*

In Inghilterra ancora trovansi vestigj di opere scientifiche sul diritto romano (7). Un giureconsulto Lombardo, per nome *Vaccario*, formatosi allo Studio di Bologna, si portò in Inghilterra verso la metà del duodecimo secolo allo insegnamento del diritto romano, destinato specialmente al clero. Tenne dei corsi nel 1149, a Oxford, e scrisse sul diritto romano un'opera in 9 libri, intitolata: *Liber ex universo enucleato jure exceptus et pauperibus præsertim destinatus* (8). Altri giureconsulti, dopo di lui continuarono ad occuparsi, in Inghilterra, del diritto romano; ciò non pertanto non vi fu mai saldamente stabilito e risguardato come diritto vigente (9).

In Spagna e nei Paesi Bassi (10),

---

te sotto il titolo: *Ulpianus de edendo.* Nunc primum editus ex apographo Bestiano Codicis manuscripti Harleyani per G. A. Meywerth, et Ern. Spangenberg. Goett. 1809.

L' altro manoscritto si conosce sotto questo titolo: *Ulpiani varii tituli juris*; si trova nella *Biblioteca Meermann*, ed è oggi proprietà della Bibl. della Università di Liegi. *Thémis*, t. VII, p. 96. - Cramer ancora ha trovato un manoscritto nella Biblioteca di Trèves. (Hugo, *Istor. del diritto romano dopo Giust.* p. 94). Warkoenig, ha pubblicato nel 1833 a Gand una ristampa dei manoscritti di Liegi e di Trèves.

(1) Savigny, t. IV, p. 210, 442.

(2) Il manoscritto di questa traduzione deve essere ancora nella biblioteca reale di Parigi. Si trova nella biblioteca reale una traduzione francese manoscritta, intitolata: *Il vecchio digesto*, in 24 libri; essa è del decimoterzo secolo

(3) Nel suo libro: Il consiglio che Pietro Desfontaines diede al suo amico; pubblicato da Ducange alla fine dell' Istoria di San Luigi, di Joinville.

(4) Questa proibizione trovasi nella decretale *Super Specula*, c. 28, X. *De privilegiis* (5,33). Altre parti di questa decretale si trovano al c. 10. X *De Clericis* (3,50) e a c. 5. X. *De Magistris* (5,5). V. a tal proposito: Savigny, *Istoria del diritto romano nel medio evo*, t. III, p. 341-344.

(5) Essa fu finalmente abolita da Luigi XIV, coll' editto che regola gli studj del diritto, dell'anno 1679.

(6) Haubold, *Inst. lit.* p. 50-80. - Hugo *Istoria del dirit. rom. dopo Giustiniano*, 3. ed. p. 254, e seg.

(7) Savigny, t. II, p. 159, t. III, p. 379, 664.

(8) V. soprattutto: *Magister Vacarius primus juris romani in Anglia professor.* Studiis C. F. C. Wenck. Lips. 1820. - Cpr. Hugo, *Storia del diritto romano dopo Giustiniano*, p. 155. - Savigny, t. IV. p. 348.

(9) Diemer. *Comment de usu et auctoritate juris romani in Anglia.* Parte I. Lips. 1817.

(10) Sull'introduzione del diritto romano nei Paesi Bassi, V. le Memorie sulle questioni proposte nel 1780, etc. Bruxelles, 1783. - Savigny, t. III, p. 651, entra in più lunghe paticolarità.

si dette opera al diritto romano con un ardore ed una cura particolare, soprattutto dopo il secolo decimosesto; e, nei Paesi Bassi specialmente, sorse una scuola, meritevole, senza contrasto, di esser posta al fianco della scuola francese del secolo decimosesto e decimosettimo (1).

In Russia, il diritto romano non è stato mai, egli è vero, introdotto sic-come diritto ausiliario, e neppure ha formata parte dell' insegnamento del diritto nelle università; non è tuttavia rimasto intieramente estraneo al perfezionamento del diritto russo; valga a indurne convinzione la lettura della *Kormtschaga-Kniga* (diritto ecclesiastico) e quella, in parte, della *Uloshénie* (diritto laicale).

(1) Haubold. *Inst. lit.*, pag. 122. e seg. - Hugo, *Istoria del diritto romano dopo Giustiniano*, p. 455, e seg.

SEZIONE QUARTA

Dell'Introduzione del Diritto Romano in Alemagna e dell'uso che se ne fa al presente.

§. 88. *Dei fonti del più antico Diritto Alemanno.*

Nei tempi i più remoti, il diritto delle nazioni germaniche non era che un diritto consuetudinario. Avente per base le idee adottate e i costumi, conservato nei canti e nei versi, egli sussisteva da lungo tempo impresso nella memoria, innanzi che venisse redatto in scrittura (1). Noi ben poco sappiamo di questo antico diritto e ciò che ne conosciamo, si deve a scrittori greci e romani, e specialmente a Cesare e a Tacito (2).

§. 89. *Dei libri più antichi del Diritto Alemanno.*

Allorquando nelle loro trasmigrazioni, le nazioni della Germania, particolarmente i Goti, i Borgognoni, i Franchi e i Lombardi, fondarono i loro nuovi stati sulle reliquie dell'impero romano d'Occidente, si cominciò, dopo la fine del quinto secolo, a riunire e redigere i diritti consuetudinarii dei Germani. In tal guisa si formarono a poco a poco, dal quinto all'ottavo secolo, le leggi dei Visigoti e dei Borgognoni, le leggi salica e ripuaria, quelle degli Alemanni, dei Bavari, del paese di Frisia di Sassonia e di Turingia (3). I più antichi libri di diritto germano, conosciuti anche adesso sotto il nome di *Leges Barbarorum*, furono composti in latino, siccome era stile del medio evo, perchè la lingua alemanna non era per anco formata in guisa che gli scrittori potessero usarne. Quanto poi al loro contenuto, erano essi libri, imperfettissimi e difettosi. Non risguardavano, in quei tempi di barbarie, che i bisogni momentanei, e si limitavano, a una tavola di multe, alle successioni e alla procedura (4).

§. 90. *Della loro revisione sotto Carlomagno.*

Tostamente i Franchi li estesero sulle altre nazioni della Germania. Carlomagno, la cui dominazione estendevasi sopra una gran parte dell'Alemagna, lasciò per vero dire alle na-

(1) Tacito, *De Germania*, c. 2. Si dice che Carlomagno facesse redigere questi antichi canti. Eginhart. *Vita Caroli Magni*, cap. 29.

(2) Giulio Cesare, *Comment. de bello gallico*. - C. Corn. Tacito, *Libri Annal. et Hist.* principalmente, *de situ, moribus et populis Germaniæ*. I passi che si trovano in quest'ultima opera, concernente il più antico diritto alemanno, sono stati riuniti e spiegati in una serie di trattati, da Gebauer, *Vestigia juris germanici antiquissimi*. Goett. 1766.

(3) Nella lingua del medio evo, *lex* non significa già *legge* o *libro di legge*, ma *diritto* o *libro di diritto*. *Lex Salica* è il *diritto Salico*, come *Lex Romana* è il *Diritto Romano* (§. 56).

(4) V. Savigny, t. II. - Guizot, nella *Revue française*, 1828. Nov. n. VI, p. 202-244.

zioni soggiogate le lor leggi e i loro usi, ma sottopose i loro antichi libri di diritto a una nuova revisione, li completò e corresse con dei capitolari (1). Così noi non possediamo questi libri, come nella loro origine, ma coi cangiamenti introdottivi da Carlo Magno (2).

§. 91. *Dei capitolari dei re Franchi.*

Sotto il dominio dei Franchi, i capitolari addivennero un fonte novello di diritto. I capitolari erano leggi, che i re, concorrendovi il clero, e la nobiltà, davano dapprima al campo di Marte, e dopo al campo di Maggio. Concernevano esse non solo i diritti pubblico e privato, ma ancora li affari ecclesiastici e beneficiarii. La prima raccolta di queste leggi, che contiene quattro libri e tre supplementi, fu eseguita dall'Abate Ansegiso, nell' 827; in appresso, Benedetto Levita vi fece dei supplementi, e un incognito l'accrebbe di *quatuor additiones* (3).

§. 92. *Dei Formularj.*

In quest'epoca non si rinviene alcuna traccia di lavori scientifici concernenti il diritto germano. Il diritto non contava per anco nessuna scuola, e non fu che per pratica che si acquistarono cognizioni sulle leggi. Uomini di molto affare, particolarmente ecclesiastici, cercarono ben presto di portare a luce alcune formole, delle quali si usava servirsi in materie giudiciali e stragiudiciali. Quindi i libri detti *formularj* (4). La più importante di queste raccolte di formule, è quella fatta dal Monaco *Marculfo*, alla metà del secolo settimo (5).

§. 93. *Dei libri di diritto Alemanno al Medio Evo.*

Dopochè l'Alemagna, pel trattato di Verdun, nell'843, fu divisa dalla Francia e dall'Italia, essa vide perdersi a poco a poco l'autorità delle leggi emanate dai Carlovingi; questi pure disparvero ben tosto; e d' altronde le antiche leggi della Germania erano troppo vecchie per tempi e costumi del tutto cangiati. D'altra parte il diritto e lo studio del diritto non poteva che sentire detrimento in mezzo alli sconvolgimenti eccitati dalla violenza e dall'anarchia, cui dava causa il feudalismo. Le antiche leggi consuetudinarie e quelle dei Franchi essendo scomparse, il diritto riposava soltanto, a motivo della debolezza del potere legislativo d'allora, sulle consuetudini non scritte, sull'*autonomia* delle differenti corporazioni, sui regolamenti e le decisioni dei giudici e degli scabbini, e sui diritti di servitù, di corte e di feudalismo. Non avvenne che dopo il dodicesimo o decimoterzo secolo, che s'incominciò a raccogliere e redigere le consuetudini in vigore in ogni paese, in ogni città e in ogni tribunale. In questa guisa a poco a poco ebbero origine:

1. Il *Diritto degli Scabbini*, o le

(1) Eginhart, *Vita Caroli Magni*, c. 29.

(2) Si trovano riuniti in F. Lindenbrog, *Codex legum antiq.* Francof. 1613. — P. Georgisch, *Corpus juris germ. ant.* Halæ, 1738, in 4. - P. Canciani *Leges barbarorum antiquæ cum notis et glossariis*, t. I-V. Venet. 1781-92, in fol. - Noi abbiamo di presente una nuova edizione completa delle antiche leggi germaniche, per opera di M. Walter, professore a Bonn, sotto il titolo *Corpus jur. germ.* 3 vol. 1824

(3) La raccolta la più completa che ne sia stata fatta è quella di Stefano Baluzio, intitolata: *Capitularia regum francorum*, t. I, II. Parigi, 1677, in fol. - L'edizione la più recente è di Pietro di Chiniac, Parigi, 1780; Basil. 1796. - Le più importanti si trovano ancora in Georgisch, p. 463, e seg. - Walter, t. II e III.

(4) Savigny, t. II, p. 122.

(5) *Marchulfi monachi aliorumque auctorum formulæ veteres, editæ ad Kier. Bignon* opera Theod. Bignon, Parigi, 1613, in 8., 1665, in 4. V. ancora Baluzio, Canciani e Walter, t. III.

raccolte delle decisioni dei loro tribunali, e delle regole le più importanti, a norma delle quali essi pronunziavano.

2. Lo *Specchio* di *Sassonia*, raccolta contenente principalmente leggi e consuetudini di Sassonia, in vigore durante il medio evo: fu esso, dal 1215 al 1218, composto da un cavaliere sassone, per nome Eike di Repgow, e glossato in seguito dagli scabbini. Dividevasi in diritto comune e feudale.

3. La *Guida dei diritti comune e feudale*, il quale non è che un libro di diritto sulla procedura, ricavato dalla glossa sullo *Specchio di Sassonia* (1).

4. Il libro, intitolato da Goldast, *Specchio di Svevia*, e che in fondo, altro non è che lo *Specchio* di *Sassonia*, adattato agli usi ed ai bisogni dei paesi della Germania meridionale e sovente ampliato per addizioni di glosse al testo. I manoscritti di questo *Specchio*, che sono differentissimi quanto al loro contenuto e quanto all'ordine, portano il titolo di: *diritto comune e feudale*, o di: *diritto imperiale*, od anche di: *jus provinciale et feudale allemannicum*.

5. Il *Diritto imperiale* scoperto da Senkenberg, o *Speculum franconico-belgicum*, che contiene un compendio del diritto alemanno (2).

6. In oltre, una infinità di diritti per le campagne e per le città. Tutti questi libri ed altri somiglianti erano di una grande utilità, per i giudici e scabbini di tal'epoca, per lo che salirono in grande autorità; ma furono queste le sole opere che potessero far conoscere e constatare il diritto alemanno. Non v'era per anco, in allora, alcuna scuola di diritto; e in generale, in Alemagna tanto poco si pensava a ridurre il diritto a sistema, quanto poco si divisava a ridurlo a scienza.

§. 94. *Delle cause dell'introduzione del diritto romano in Alemagna* (3).

Mentre lo studio del diritto era in siffatta guisa trascurato in Alemagna, faceva ogni dì più mirabili progressi in Italia e in Francia. La riputazione della università di Bologna e dei suoi distinti professori, non tardò a ispirare all'Alemagna il gusto della giurisprudenza. Quindi la gioventù alemanna visitò le accademie italiane, ed ivi apprese a conoscere un sistema di diritto, che per la sua ricchezza, i suoi lumi, la connessione delle sue parti, e il loro accordo, sorpassava tutto ciò che in siffatto genere si era tentato. Egli è agevole il concepire che al suo ritorno in patria, e tostochè pubblici incarichi le vennero affidati, introdusse il diritto romano nei tribunali e cercò ogni via per metterlo in vigore. I progressi ch' esso fece furono tanto più grandi, in quanto gli ecclesiastici lo cinsero d'autorità, e strettamente il legarono al diritto canonico, di già riconosciuto in queste contrade. L'Imperatori d'Alemagna e i Signori, i quali furono ben tosto convinti che il diritto romano, attese le loro idee d'assoluta dominazione (4), era favorevole ai loro interessi, di

(1) S'intitola ancora *Schevencloet*, cioè *Schæffenglosse*. Secondo altri porterebbe anco il titolo di *Cautela Premitz* o *Brems*, ma queste sono due cautele di procedure differenti: esse sono d'Hermann d'Oesfeld, e si trovano in alcuni manoscritti ed edizioni in fine dello *Specchio di Sassonia*.

(2) Havvi ancora un altro diritto imperiale, *Jus Cæsareum*, che è per anco inedito.

(3) V. Arturo Duck, *De usu et auctoritate juris civilis Romanorum in dominiis principum christianorum*. Lond. 1649, 1653; Lugd.-Bat. 1652-1654. Lips. 1676. - Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* §. 943. J. G. Kulpis, *De receptione jur. rom.* 1713. - Senkenberg, *Methodus jurisprudentiæ*. Append. III. *De recept. jur. rom.*

(4) Quod principi placuit, legis habet vigorem, Fr. I, pr. D. I, 4. — Cpr. fr. 31, D. I, 3.

buon grado stipendiarono dei giureconsulti formati in Italia, principalmente quelli che avevano ottenuto il titolo di dottori nell'uno e nell'altro diritto (il diritto romano e il diritto canonico) e loro affidarono impieghi i più importanti. L'Alemanno di buona voglia si sottopose a un diritto straniero, comecchè la sua patria non gli offrisse niente di meglio, e le sue leggi e consuetudini non solo non fosser bastevoli per gli antichi rapporti, ma troppo distassero da quelle che aveva introdotto la civiltà, il commercio, e principalmente la grande prosperità delle città. Aggiungi a ciò la presunzione che l'impero romano alemanno, fosse succeduto all'antico impero romano (1). Perchè dopo il secolo decimo quarto s'apersero in Alemagna delle Università a guisa delle Italiane, e perchè vi s'impiegarono dei professori particolari di diritto romano e di diritto canonico, fu mestieri che questo diritto straniero facesse passaggio dalla Cattedra al Foro (2).

§. 95. *Della causa per cui il diritto romano è in vigore in Alemagna.*

La ragione per cui il diritto romano ebbe forza di legge in Alemagna, non è già perchè ivi fosse adottato dalla espressa volontà del potere legislativo, ma principalmente perchè dopo il cominciare del secolo decimoterzo, venne a poco a poco a stabilirvisi, come *diritto consuetudinario* (3). Primachè si volgesse il pensiero a solennemente confermarlo, la sua autorità fu per lungo tempo basata sulla consuetudine. Non fu però ricevuto da alcuna disposizione legislativa; è indubitato soltanto che nel 1495, allorquando si stabiliva la Camera sovrana dell'impero, venne ordinato che i membri di questa Camera si regolassero sulle leggi ordinarie dell'impero; ora, in queste leggi, era compreso il *diritto romano* e *il diritto canonico* (4). Siccome la sovranità dello Stato d'Alemagna volgeva ogni dì a maggior perfezione, e siccome ogni Signore che formava parte di questo Stato stabiliva dei tribunali nella sua giurisdizione, sull'esempio dei tribunali supremi, quelli imitava pure nelle ordinanze e nei regolamenti che emanava, rinviando i suoi giudici al romano diritto, o permettendone tacitamente l'applicazione (5).

§. 96. *Regole particolari per l'applicazione del diritto romano in Alemagna.*

Il diritto romano Giustiniano, non ha forza di legge in Alemagna, che in quanto è stato introdotto dall'uso, o come suol dirsi, in quanto è stato adottato. Da questo generale principio derivano le regole seguenti:

1. Il diritto romano ha forza di legge presso gli Alemanni, in certe materie, come diritto principale, cioè a dire, ne forma la prima base, di guisachè il diritto alemanno non appare in quelle che come addizione o modificazione. In altre materie di diritto non è che sussidiario (*in subsidium*), cioè a dire, non serve che a completare il diritto alemanno. Frat-

(1) In un atto di abdicazione del 1495, l'imperatore Massimiliano chiama Costantino il grande e Giustiniano imperatori romani, suoi predecessori.

(2) Falck, *Encycl.* §. 90.

(3) Non si parla in questo luogo che del *Diritto romano di Giustiniano*, e non del diritto romano *avanti*, e *dopo Giustiniano*, che non è mai stato in uso in Alemagna.

(4) Reichs-Cammer-Gerichtsordnung, dell'anno 1495, §. 3. I membri di questa camera dovevano giurare di giudicare a norma del diritto comune, e di quello dell'Impero, e secondo le ordinanze, statuti e consuetudini, (conformi alla giustizia e all'eguaglianza) dei principati, signorie e tribunali. - Cpr. Reichs-Cammer-Gerichtsordnung del 1654, tit. I, §. 75.

(5) Ved. per esempio, l'ordinanza del 1556, t. V. di Brunswick-Wolfenbuttel; e quella di Lippe, P. II, ca. 6, come molte altre.

tanto è necessario indicare in una maniera speciale i rapporti dell'uno e dell'altro diritto (1).

2. Nelle raccolte di Giustiniano, le sole parti e i passi accompagnati da glosse, hanno forza di legge: *Quicquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia*. Questa regola non proviene già dalla grande autorità dei glossatori (2), ma dacchè il Diritto romano fu introdotto in Alemagna, non ne furono che alcune parti considerate come utili per la pratica, e per conseguenza furon poste in uso. Le Istitute, le Pandette e il Codice, sono glossati; non ostante vi sono in queste due ultime raccolte, dei frammenti e delle costituzioni che non hanno glossa. Ai frammenti delle Pandette senza glossa appartengono: fr. 7. §. 5; fr. 8, 9, 10, 11, D. XLVIII, 20. – fr. 17, 18, 19, D. XLVIII, 2, e il frammento aggiunto tra il fr. 18 e 19, D. L, 17. Alle costituzioni del Codice non glossate, appartengono sopratutto le *leges restitutæ*, (§. 70), e tutto il titolo *de aleatoribus* (III, 43). Fra le Novelle ve ne sono 97 colla glossa (3) e son precisamente quelle che i glossatori hanno ordinate in nove collazioni (§. 71).

3. Nei passi glossati dai compilatori di Giustiniano, niuno ha forza di legge, tranne quelli che racchiudono realmente un principio di diritto (§. 96). Quindi non hanno forza di legge le definizioni scientifiche, le distinzioni e le citazioni istoriche, sebbene per la cognizione del nuovo diritto siano della più alta importanza.

4. Le disposizioni del diritto romano che attengono ad usi interamente sconosciuti in Alemagna, e alle istituzioni politiche, non vi troverebbero alcuna applicazione, quando pure fossero glossati. Così tuttociò che concerne lo stato o il governo dei Romani, non è in uso ordinariamente in Alemagna, meno alcune eccezioni (4). Le disposizioni basate su dei principii non mai adottati in Alemagna (5), o il di cui soggetto non esiste fra noi, non hanno più forza di legge (6).

5. Reciprocamente il romano diritto non può essere applicato agli affari e alle materie sconosciute per intero ai Romani, e che non sono che d'origine Alemanna. Quindi non sono a ciò applicabili che le leggi e le consuetudini alemanne: il diritto romano in tali casi vuole essere applicato con la massima circospezione (7).

6. Del resto, il diritto romano è ricevuto in Alemagna, coi limiti che gli sono stati imposti fin qui, come diritto comune nel suo complesso (*in complexu*), e non già in parti staccate. Colui che fonda le sue ragioni sopra una disposizione, che ivi si contiene, ha per sè, come suol dirsi,

(1) Reichs-Hofrahts-Ordnung, tit. I, §. 15.

(2) È per questo motivo che le opinioni particolari dei glossatori, hanno tanta autorità legale, quanta può averne quella di altro giureconsulto moderno o antico. Ce ne somministrano una prova le autentiche, nel Codice. V. il §. 82, e gli scritti che si riferiscono a tal proposito in Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* §. 899.

(3) Secondo l'attual maniera di contare, questi sono i numeri delle *Novelle*, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 33, 34, 38, 39, 44, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 123, 124, 125, 127, 128, 131, 132, 134, 143, 150, 159.

(4) Per esempio, il diritto del Fisco.

(5) Per esempio, la regola la quale stabilisce che un *pactum* non produce alcuna azione.

(6) Tuttociò che riguarda i servi; la *legitimatio per oblationem curiæ*.

(7) Per esempio la società dei coniugi, il cambio, le assicuranze, le successioni contrattuali, in seguito i rapporti legali della nobiltà, della cittadinanza e dei contadini.

fundatam intentionem, cioè la presunzione per la validità e applicazione del testo citato, fino a che colui, contro il quale ne ha egli fatto uso, non provi non poterglisi opporre a cagione di una delle precedenti regole, o perchè sia stato abrogato da una nuova legge.

§. 97. *Modo di conciliare le differenti parti del diritto romano in caso in contraddizione* (1).

Quando due o più passi dei libri del diritto romano, ricevuto in Alemagna, racchiudono disposizioni differenti o contradittorie sul medesimo soggetto, si deve ricercare, sopra tutto, se questa contraddizione sia solo apparente, e se possa farsi sparire per la critica del testo o per l'interpretazione. Se ciò non può riuscire, si applica il principio seguente: *il diritto nuovo prevale all' antico* (§. 6). Nullameno nei casi in cui trovasi contradizione, non si vuol giammai perder di vista il carattere particolare di ciascuna collezione di leggi. Quindi su tal proposito bisogna tener dietro alle regole seguenti:

I. Quando la contraddizione deriva dall'essere stata abrogata una legge da una legge posteriore, l' ultima deve sempre prevalere (2); da ciò ne segue:

1. Che le Novelle, ben inteso quelle che son glossate, hanno maggiore autorità che le Istitute, le Pandette e il Codice; e che fra le Novelle istesse, l'ultime la vincono sulle più antiche (3).

2. Che il *Codex ræpetitæ prælectionis*, deve esser preferito alle Pandette e alle Istitute, perchè più recente, comecchè egli debba la sua esistenza ad una nuova revisione di diritto in vigore, e perchè in ogni tempo si accordò generalmente maggiore autorità alle costituzioni, per quanto di presente non si faccia alcuna essenziale differenza tra i luoghi del Codice che contengono un editto e quelli che racchiudono rescritti o decreti (4).

II. Quando la contraddizione avviene perchè, in un luogo, l'antico diritto è citato in modo istorico, mentre in un altro si racchiude il nuovo diritto, natural cosa è che quest'ultimo debba prevalere.

III. Se le Istitute e le Pandette si trovano in contraddizione, e se questa contraddizione, non ostante il soccorso delle distinzioni e della critica, non può allontanarsi, forte allora addiviene la difficoltà. Ove però si consideri che Giustiniano, nelle Pandette, non ebbe unicamente mira d'istruire, ma di dare alla pratica più ch'altro un libro di diritto, e che l'Istitute per contrario furono destinate all'insegnamento; che in oltre non ebbe mai lo scopo di derogare per le Istitute alle Pandette, e che infine le Pandette si vogliono riguardare in qualche modo come il fonte da cui le Istitute derivano, è manifesto che, per regola, le Pandette dovranno esser preferite, eccettuato però il caso in cui le Istitute contengano una legge più recente; lochè principalmente avviene quando le Istitute hanno rapporto con nuove costituzioni, derogatorie delle precedenti.

IV. Se trovansi contraddizioni in una

---

(1) V. Schoeman, *Haudb. des Civilrechts*, o *Manuale di diritto civile*, t. I, p. 1, e seg. - Haubold, *Inst. hist. dogm.* ed Otto, §. 300.

(2) Fr. 4, D. I, 4. « Constitutiones tempore posteriores potiores sunt his, quæ ipsas præcesserunt ».

(3) Sulla data delle Novelle, V. Biener, *Geschichte de Nov.*, o *Hist. delle Novelle*, p. 500-530.

(4) Giustiniano nella *Cost.* 12. C. I, 4, ha dato forza di legge generale anche ai rescritti. Ma per l'interpretazione, la distinzione, fra gli editti e i rescritti è sempre di somma importanza perchè non si deve perdere di vista che i rescritti hanno sempre avuto luogo in casi particolari.

raccolta medesima, quelle delle due opinioni sarà a preferirsi, che si trovi confermata dai compilatori: in caso contrario, non può stabilirsi regola generale (1). Per conciliare e spiegare due testi in contraddizione fra loro, dee porgersi simultaneamente attenzione, alla connessione istorica e interna delle materie, in cui si trova la contraddizione, all'analogia, al luogo in che sono situati nella compilazione, alla loro antichità, natura e principii su cui sono basati; ma solo a un interprete istruito e intelligente, è dato di decidere in casi particolari.

(1) Giustiniano non vuol ravvisare tali antinomie nelle Pandette; nella sua Const. *Tanta* §. 15, egli dice: « *Contrarium autem aliquid in hoc Codice (juris enuncleatis) positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitates rationes excutiet* ». Cpr. Const. *Dedit.* §. 15.

SEZIONE QUINTA

Collezioni dei Fonti del Romano Diritto. – Del Corpus Juris Civilis; delle sue parti e sue differenti edizioni.

§. 98. *a. Delle collezioni dei fonti del diritto antejustinianeo* (1).

Fra le collezioni del Diritto Romano antejustinianeo, fino a noi pervenute, qualcuna delle quali è incompleta, si vogliono principalmente rimarcare le seguenti:

1. *Jurisprudentia vetus antejustinianea ex recens et cum notis.* Antonii Schultingii, Lugd.-Bat., 1717. Una edizione di G. H. Ayrer, Lips. 1737, non contiene che gli scritti i più importanti dei Giureconsulti romani, giunti fino a noi, la *Legum Mosaicarum et Romanorum Collatio*, (§. 57), e qualche frammento d'antiche collezioni e costituzioni, indubitatamente del *Gregorianus et Hermogenianus Codex* (§. 54); e le vere Istitute di Gajo, più tardi scoperte, non furono ivi inserite, che dopo un lavoro, di cui esse formarono oggetto, nel *Breviarum Alaricianum* (§. 59).

2. *Jus Civile antejustinianeum Codicum et optimarum editionum ope a societate Jctorum curatum; præfatus est et indicem editionum adjecit*, Gustavus Hugo. 2. tom. Berolini, 1815. Questa collezione contiene, oltre ciò che trovasi in Schulting, il *Theodosianus Codex*, ma privo delle nuove scoperte fatte nei cinque primi libri, da Peyron, Clossio, Hænel, e Wenck; essa non contiene nè il vero Gajo, nè i *Vaticana Fragmenta*, nè la prefazione di cui fa promessa.

3. Il *Corpus Juris antejustinianei*, consilio et cura professorum Bonnensium, Aug. Bethmann-Hollweg, Ed. Boecking, Jo. Chr. Hasse, Ed. Puggè aliorumque. Bonnæ, 1830. Questa raccolta conterrà tutto ciò che è comparso nelle due precedenti collezioni, e molti nuovi passi. Fin ora, non si è pubblicato che: *Gaji Institutionum libri IV*, per Heffter, *et Gaji Institutionum libri II*, *ex lege Romana Visigothorum*, per Boecking (v. p. 23, nota 3); in seguito: *Ulpiani Fragmenta*, per Boecking (p. 24 nota 1), *Volutii Mœciani de assis distributio* (p. 22, nota 11), *Dosithei Interpretamenta* (p. 24, nota 4), *Fragmentum veteris Jcti, de jure fisci* (p. 24, nota 4), *Fragmentum Herennii Modestini*, (p. 24, nota 3), del medesimo; *Julii Pauli Receptæ Sententiæ* (p. 24, nota 2), per Arendts, *et Legum Mosaicarum et Romanarum Collatio* (p. 29, nota 3), per Blume.

---

(1) Hugo, *Index editionum fontium corpus juris civilis*, posto in fine della sua edizione di *Pauli Receptæ Sententiæ*. Berol. 1795, p. 123. Haubold, *Inst. lit.*, p. 217 e seg. - W. F. Clossio., *Hermeneutik*, pag. 46-70. Quanto ai fonti del diritto romano-greco dopo Giustiniano, V. più sopra, i §§. 74-77, e Clossio, p. 87-105.

§. 99. *b. Del Corpus Juris Civilis* (1).

Le differenti parti di cui la raccolta del Diritto Giustinianeo si compone, furono sempre trascritte separatamente in principio, e così furono stampate in progresso. Tutte, insieme riunite, portano il nome antichissimo di *Corpus juris civilis* (2), quantunque non si dasse questo nome generale alla collezione intera che ne era stata fatta. Ciascun volume ebbe e conservò piuttosto il suo titolo particolare (3), finchè Dionisio Gotofredo dette, nel 1604, questo titolo generale alla seconda edizione del suo *Corpus juris civilis* glossato, titolo che mancava nella prima edizione, (1589). Dopo tal'epoca questo titolo comparve in tutte l'altre edizioni. Il modo con cui si ordinarono le differenti parti del *Corpus juris*, non è l'istesso nelle antiche edizioni, e, nelle meno antiche, non è egli rigorosamente seguito. Noi prenderemo per base quello che si trova in tutte le nuove edizioni.

§. 100. *Delle sue differenti parti.* I. *Le Istitute.*

Sonovi ancora molti manoscritti delle Istitute (4). Appartengono ai più antichi fino a noi pervenuti, uno di Ramberg, che si riporta al IX. o X. secolo (5); uno di Torino, forse della epoca stessa, e con una glossa, una parte della quale fu scritta nel tempo medesimo, e l'altra parte dopo (6); quello infine che esisteva in altr'epoca a Seissenstein, egualmente del secolo X. (7).

Quanto alle edizioni stampate sono da rimarcare le seguenti:

1. L'*Editio princeps*, in urbe Magnatina per Petr. Schoyffer, de Gernsheym, 1468, fog.

2. L'*Editio Haloandrina*, di Gregorio Haloander, a Nuremberg, 1529.

---

(1) V. Spangenberg, *Einleitung in das Ræmisch, Justianeische Rechtsbuch, oder Corpus Juris civilis*, o *Introduzione allo Studio della Legislazione di Giustiniano*, o *Corpus juris civilis romani;* parla ivi dei suoi fonti, del suo nascimento, del suo piano, della sua propagazione e della sua forza legale in Alemagna, ecc. Hanovre, 1817, pag. 401-950. - *Indicis codicum et editionum juris Justinianei prodromus*, cura Jo. Lud. G. Beck. Lipsiæ, 1823. Clossio, p. 29-46, p. 105. e seg.

(2) Per distinguerle dal *Corpus juris canonici*. L'espressione di *Corpus omnis romani juris* si trova usato da Tito Livio, III, 34, ma solamente per le Dodici Tavole. Giustiniano usa il nome di *Corpus Juris*, nella costit. un. pr. C. V, 13, parlando dei fonti del Diritto Romano. Nel XII. e XIII. secolo si usava assai frequentemente l'espressione *Corpus Juris Civilis*, per designare tutta la collezione dei libri del diritto Giustinianeo. Savigny, t. III, p. 478. - Dionisio Gothofredo fu però il primo che se ne servì come titolo d'opera intera. Nullameno l'ediz. di *Peter ab Area de Baudoza*, 1593, portava il nome di *Universi juris civilis* in quatuor tomos distributi *Corpus*. Il nome di *Corpus jus civilis romani*, è più moderno.

(3) Così per esempio, il primo volume s'intitolò: *Digestum vetus*; il secondo *Infortiatum*; il terzo *Digestum novum*; il quarto, *Codex repetitæ prælectionis*; il quinto: *Volumen parvum*, o *volumen* semplicemente. V. più sotto §. 104, e Savigny, t. III, p. 478.

(4) Eckhardt, *Hermeneutica juris* ex edit. Walch. pag. 143. - Spangenberg, pag. 532. - Cpr. e Rosshirt. *Nozioni letterarie sul diritto romano*, ca. I, n. I, in cui dà schiarimenti su tre manoscritti delle Istitute di Bamberg. - V. intorno ai manoscritti delle Istitute; Schrader, *Prodromus corporis juris civilis*. Berolini, 1823, p. 35.

(5) Schrader, *loc. cit.* p. 36, I, - Rosshirt, *loc. cit.*

(6) Questo manoscritto rimarchevolissimo non è stato scoperto che nel 1820, da Clossio nella Biblioteca Reale di Torino. V. su tal proposito Schrader, *loc. cit.* p. 55, XC. - Savigny, t. III, p. 665, che dà ancora, pag. 671, la glossa di Torino. - Hugo, *Storia del diritto romano dopo Giustiniano*, 3. ediz. p. 86.

(7) S'ignora ove si trovi al presente. V. Eckhardt, *loc. cit.* - Schrader, *Prodromus*, pag. 66.

3. L'*Editio Cujaciana*, di Giacomo Cujacio, a Parigi, 1585. Gio.-Bernardo Koehler, la prese per base dell'edizione delle Istitute, che pubblicò a Goettinga nel 1772, e la corredò di note critiche (1).

4. L'edizione di F. A. Biener (2).

5. Quella di C. Bucher fatta sul manoscritto d'Erlangen (3).

6. Quella di W. M. Rossberger, con una versione Alemanna (4).

7. L' edizione sinottica delle Istitute di Giustiniano e di Gajo, per C. Kleuze e Ed. Boecking (5).

8. L'Edizione di Ed. Schrader, che forma la prima parte del *Corpus juris civilis*, da lui pubblicata in unione di molti altri giureconsulti (6).

9. Quella di E. F. Vogel (7).

§. 101. II. *Le Pandette.*
1. *Del Manoscritto Fiorentino.*

Fra i manoscritti delle Pandette, quello di Pisa o di Firenze, è senza dubbio il più antico (8), e il migliore, per quanto contenga delle lagune nel libro quarantottesimo, e per quanto non vi manchino tratti della ignoranza del copista (9). Tutti gli altri manoscritti delle Pandette che sono stati per lungo tempo a torto riguardati come copie di quello di Firenze, vennero detti *manuscritta vulgata*, o *Codices vulgati* per contrapposto a quello di Firenze (10). È probabile che fosse di già formato nel VII. secolo in Costantinopoli da un Greco. Di là pervenne all'Italia, e fu primieramente rinvenuto in Pisa (11); ivi restò fino

---

(1) Koehler ebbe cura delle Istitute per il *Corpus juris* di Gebauer-Spangenberg, e prima che fosse pubblicata la seconda parte, egli se ne servì per la sua edizione. Sulla critica del testo delle Istitute, V. Wüstemann nella sua prefazione sulla *Parafrasi di Teofilo*, p. IX e seg.

(2) D. *Justiniani Institutionum libri* IV. Recensuit et indicem editionum adjecit. Fr. Aug. Biener, Berol. 1812.

(3) *Justiniani Institutionum libri* IV. Textu ad codicem olim Heilbronnensem nunc Erlangensem recognito ed C. Bucher. Erlang. 1826. - J. F. Hunger, *Diss. sistens criticas aliquot observationes in cod. Heilbronnensem.* Erlang. 1826.

(4) D. *Justiniani Institutionum libri* IV. Recensuit et denuo recognovit G. M. Rossberger. Berol. 1829.

(5) *Gaji et Justiniani Institutiones juris romani.* Recognoverunt, adnotationem adjecerunt conjunctasque ediderunt Clem. A. C. Klenze et Ed. Boecking. Berol 1829.

(6) V. più sotto, p. 78, nota 4.

(7) *Flavii Justiniani Imperatoris romani Institutiones.* Ad optimorum subsidiorum fidem contextum recensuit Em. F. Vogel. Lips. 1833.

(8) Si riporta ordinariamente al VII. secolo. Mabillion *De Re diplomat.* lib. V. tab. 6. Tutti gli altri manoscritti delle Pandette che si conoscono, sono più recenti. M. Pertz ha però trovato negli ultimi tempi a Napoli alcune pagine d' un manoscritto della stessa epoca del manoscritto di Firenze. Il Professor Gaupp, le ha pubblicate sotto il titolo: *Quatuor folia antiquissimi alicujus Digestorum codicis rescripta*, Neapoli nuper reperta, nunc primum edita. Vratislao 1823, in 4.

(9) Noi abbiamo una Storia circostanziata e una descrizione di questo manoscritto rimarcabile, per cura di Brenckmann, *Historia Pandect.* s. *factum exemplaris Florentini.* Traj. ad. Rhen. 1722. Aggiungi, Ge. Chr. Gebauer, *Narratio de Brenckmanno*, Goett. 1764. - Cpr. pure. Hugo, *Storia del diritto romano dopo Giustiniano*, 89. Sulle dispute che si sono elevate su questo manoscritto, V. Haubold, *Inst. hist. dogm.* §. 274.

(10) Brenkmann, *loc. cit.* III, 2. - Bach, *Hist. jur.* IV, 3. §. 6. - Eckhardt, *Hermeneut. jur.* Walch. I, 2, §. 68-74. Savigny, t. II, p. 148; t. III, p. 410, e seg.

(11) Odofredo ad L. *In rem actio D. de rei vind.* - Bartolus, *In rub. D. sol. Matr.* - Secondo un'opinione in addietro comunissima si dice essere state scoperte in Amalfi e Lotario II imperatore, averne fatto un dono ai Pisani, suoi alleati. - Pancirolo, liv. II, ca. 3, 13. - Sigonio *de regn. Ital.* libr. II, t. 2. in *Opp.* p. 678, 682. Ma questa opinione è stata contradetta nel 1722, da Asti, e dopo lui da Guido Grandi 1727; e quindi ha perduto ogni forza. - Hugo *Storia del diritto romano dopo Giustiniano*, p. 451. - Savi-

all'anno 1411, e di là passò a Firenze, ove trovasi anco al presente (1). Il primo che collazionò questo manoscritto fu il Poliziano († 1494). Bolognino († 1508) e Agostino († 1586) continuarono questa collazione (2), e Lelio e Francesco Torelli (padre e figlio) fecero più generalmente conoscere questo manoscritto stampandolo a Firenze, nel 1553 (3). Però il Testo che essi pubblicarono non era interamente conforme; corressero i luoghi sprovvisti di senso, sopra i *ms. vulgata*, ne tolsero delle parole, ne riempirono le lagune, e designarono questi cangiamenti con segni particolari. L'ultima collazione del manoscritto di Firenze, eseguita con molta cura, è d'Enrico Brenckann; si trova essa nelle note del *Corpus juris* dell'edizione di Gœttinga.

§. 102. *a. 2. Della divisione delle Pandette in tre volumi.*

Un'antichissima divisione delle Pandette, che fissa l'epoca dei glossatori e forma la base di pressochè tutti i manoscritti ed edizioni del digesto, da quest'epoca fino al secolo decimo sesto, è quella in tre parti o volumi. La prima s'intitola: *Digestum vetus*, la seconda: *Infortiatum*, e la terza: *Digestum novum*. Il *Digestum vetus*, o la più antica parte delle Pandette, comprendeva dal libro I, fino al libro XXIV, Titolo 2 inclusive; il *Digestum novum*, o l'ultima parte, cominciava nel principio con queste parole del fr. 82, D. XXXV, 2. *Tres partes:* e progrediva sino alla fine delle Pandette. Non conoscevansi da primo in Bologna che queste due parti; la prima e l'ultima; quando s'ebbe anco la seconda parte (4), fu divisa dal *Digestum novum* la parte, che cominciava colle parole *Tres partes*, e che estendevasi sino al fine del libro 38, e fu aggiunta, per concatenazione delle materie, alla parte media delle Pandette, che per questo rinforzo prese nome d'*Infortiatum* (non fu mai detto *Digestum Infortiatum*); per cui l'*Infortiatum* occupa dal libro XXIV, Titolo 3, al Libro XXXVIII, inclusive, e il *Digestum novum* del Lib. XXXIX, sino all'ultimo delle Pandette (5).

§. 103. *b. 3. Delle diverse edizioni delle Pandette.*

L'edizioni delle Pandette son differentissime, quanto allo loro lezione. Furono divise in tre classi principali (6). Contengono esse:

1. La *Lectio Florentina s. litera Pisana* (§. 99), cioè a dire la lezione

---

gny, t. III, p. 83. - Walchad Eckhardt, *Herm. juris*, p. 76, e seg.

(1) Quando giunse a Firenze, fu rilegato in porpora, dorato sul taglio, e racchiuso in una cassetta riccamente guarnita; fu anco conservato come una reliquia nell' antico palazzo della Repubblica, e per mostrarlo a chi ne avea vaghezza, i religiosi tenevano sempre la testa scoperta, e un cero in mano. - Brenckmann, *loc. cit.* pag. 65. - Gli schiarimenti i più moderni su questo manoscritto, specialmente dopo l' invasione francese in Italia, ci sono stati somministrati, da Foerzter, nel *Giornale per la Giurisprudenza Istorica*, t. II, p. 271.

(2) Haubold, *Inst. lit.* §. 42, n. 105. - Hugo, *Storia del diritto romano dopo Giustiniano*, p. 233.

(3) Hugo, *loc. cit.* p. 238.

(4) Erroneamente molti scrittori hanno creduto che questa parte fosse stata intieramente perduta in Italia. V. Bartolo, *In rubr. tit. De soluto Matrimonio* (in cui comincia l'*Infortiatum*) « *hoc volumen (infortiatum) nunquam fuit amissum. Semper enim fuit totum volumen Pandectarum Pisis et adhuc est* ». Solo la metà di lei mancò a Bologna.

(5) Sulla Storia di questa divisione rimarchevole delle Pandette, V. Odofredo, *In Dig. vetus* L. Jus Civile 6, *De Justitia et jur.*, *in Infortiatum initio*; in *Infortiatum*, L. 82; ad L. *Falc. verb.* tres partes; in *Dig. novum initio*. - Heynius, *Notat. corp. jur. glossati*, nei suoi *Opusc.* vol. II, p. 315.

(6) Cpr. Falck, *Encyclop.* §. 88. - Savigny, t. III, p. 410, e seg.

o modo di leggere del manoscritto Fiorentino (1);

2. La *Lectio vulgata seu Bononiensis*, che fu formata dai Glossatori, sul manoscritto di Firenze e su altri manoscritti delle Pandette, e adottata in seguito in tutti gli altri manoscritti (2); in fine:

3. La *Lectio mixta*, quella cioè per la quale si servirono tanto della *lectio Florentina*, quanto della *vulgata*. Una celebratissima edizione mista è l'*Haloandrina*, che Gregorio Haloander pubblicò a Noremberg, nel 1529, in 3 volumi in 4., e che per tal ragione dicesi *Lectio Norica*. Egli si valse non già del manoscritto fiorentino, ma della collezione eseguita dal Poliziano e dal Bolognino (3).

§. 104. III. *Il Codice.*

Vi sono ancora diversi manoscritti del Codice (4), ma nessuno così antico, così celebre, nè così completo come il manoscritto delle Pandette di Firenze. Allorchè l' Italia viveva sotto il giogo dei popoli germani, i manoscritti del Codice non essendo destinati che alla pratica, vennero estremamente sfigurati; non solo se ne diminuirono i tre ultimi libri, perchè non contenevano che diritto pubblico, e per tal ragione venivano riguardati in Italia come inutili, ma si omessero ancora, nei nove primi libri, diverse costituzioni particolari (5). Da ciò procede il perchè non s'insegnavano ordinariamente che i nove primi libri, e perchè solo si trovano essi stampati nelle antiche edizioni. In appresso si riunirono i tre ultimi libri nel *volumen parvum*, separandoli dai primi nove (§. 104). Tra l'edizioni del Codice si vuol distinguere l'*editio Haloandrina*, di Gregorio Haloander, 1530, fog. Essa racchiude tutti i dodici libri come quella di Le Conte, Parigi, 1562, fog., di Russard, Anversa 1563, fog., e di Charondas, Anversa, 1575, fog. nell' edizione del *Corpus juris* di Gebauer-Spangenberg, oltre le lezioni dei quattro ultimi editori furono seguite quelle del manoscritto del Codice, di Goettinga.

§. 105. IV. *Le Novelle.*

Da primo le Novelle non formavan volume, e non erano fatte per formarlo; ma siccome si trovarono nelle edizioni sparse e separatamente collocate, è ben agevole il concepire, perchè fra tutte le parti del *Corpus juris*, questa nelle edizioni è la meno uniforme (6). Esse non possono classarsi; può solo indicarsi ciò che ciascuno editore ha fatto per ordinarle (7). Fra l'edizioni delle Novelle è da rimarcare:

---

(1) Il Testo del manoscritto di Firenze non si trova in nessuna edizione, in tutta la sua purità, nemmeno in quella del Torelli (§. 99). Nullameno le ediz. di L. Russard (Lione, 1521 in fog.) di Giulio Pucio (Ginevra 1580 in fog.) di Charondas (Anvers. 1575 in fog.) e di Le Conte (Lione 1571, 1581, in 12.) e l'edizione di Gebauer Spangenberg, l'hanno ammesso.

(2) Savigny, t. II, pag. 147; t. III. p. 424-449. - Cramer. *Tit. Pand. et Cod. de verborum significatione*. Kil. 1811, in præf. p. 13, e seg. - Clossio, *Descriptio Cod. quorumd. manusc. Dig. vet.* cum præf. Schraderi, Vimar. 1818, in præf. et pag 271. - Schrader; *Tit. D. condict. ob turpem causam et de testibus*. Tüb. 1819, in præf. pag. 24. - La *Lectio vulgata* si trova in tutte l'edizioni precedenti alle *Collazioni* del Poliziano, e del Bolognino. Dopo questi l'edizioni incominciano a esser mischiate.

(3) L'ediz. del Gotofredo sono da riguardarsi come edizioni mischiate; molto tempo sono state considerate come *Editiones vulgatæ*, mentre in esse fu seguita la *lectio Florentina*.

(4) V. Eckhardt, *Hermen. juris* ex ediz. Walch, p. 155.

(5) Savigny, t. III, p. 449.

(6) Sui manoscritti delle Novelle ancora esistenti, V. Eckhardt, *loc. cit.* p. 161.

(7) Coloro che si son resi chiari per l'Istoria letteraria delle Novelle, sono; Aud. Guillaume Cramer, prima pei suoi

1. L'*Editio vulgata*, che contiene le Novelle conosciute degli antichi glossatori, non che gli ultimi tre libri del Codice, le Istitute, e i *libri feudorum*, stampata per la prima volta; *Romæ, apud Sanctum Marcum*, 1478, fog.

2. La prima edizione greca, arricchita d'una versione latina, per Gregorio Haloander, Nuremberg, 1531; subito dopo comparve a Basilea, 1541, una edizione delle Novelle, che prese per base il testo greco d'Haloander, ma l'alterò. Nel testo latino, la *versio Haloandrina*, e la *vulgata* sono situate una a lato dell'altra.

3. Subito dopo quest'ultima, comparve la prima edizione di Enrico Scrimger, a Ginevra, 1558. In essa furono pubblicate 25 Novelle, che mancavano nella edizione d'Haloander, ma essa pure è rimproverabile di averne tralasciate 4, che si trovano in quella d'Haloander. Errico Agylee fece dei supplementi a queste due edizioni, e le pubblicò a Cologne nel 1560, e in seguito a Basilea, 1561.

4. Una edizione, di tutte le precedenti più completa, è l'edizione del Le Conte, greco-latina, che fu pubblicata a Lione nel 1559, 1566, 1571, con delle variazioni secondo l'ordine con cui erano state classate le Novelle, tanto colla glossa che senza. Una ristampa della edizione del 1566 comparve a Lione nel 1581. Il testo latino del Le-Conte, fu in seguito adottato per l'edizioni del Gotofredo.

5. Simone van Leeuwen, nella sua edizione in fog. d'Amsterdam, 1663, pubblicò ancora il testo greco. Questa edizione di Leeuwen servì in seguito di base alla traduzione latina delle Novelle, pubblicata da Giovan Federigo Hombergk, a Vach; Marbourg, 1717 in 4. Hombergk tradusse tutto il testo greco che ritrovò; pel resto si servì del latino.

6. L'edizione la più recente e la più completa è quella del *Corpus juris* di Gebauer-Spangenberg. In questa edizione non solo si riscontra tutto ciò che contiene quella di Leeuwen, ma anco la traduzione d'Hombergk, coi suoi supplementi e varianti le più preziose.

7. In fine Savigny pubblicò anco la sessantesima seconda e cinquantesima quarta Novella, che non erano state fin allora pubblicate, e Biener stampò una disposizione di Giustiniano, per intero sconosciuta: sono esse state tolte da un manoscritto di Vienna. C. J. A. Kriegel ha parimente pubblicato la *Novella* 87, d'un manoscritto veneziano, fiorentino e viennese (1).

§. 106. *Delle appendici del Corpus juris.*

Oltre i libri di diritto e le collezioni di Giustiniano, di cui abbiamo parlato fin qui, vi sono ancora nel *Corpus juris* varie addizioni, tanto dei glossatori che dei moderni editori. Queste addizioni sono:

1. I tredici editti di Giustiniano, che in fine non sono che Novelle, e che dovrebbero aggiungersi alla collezione di esse, a preferenza di molte novelle dei successori di Giustiniano e degli Eparchi.

2. Cinque costituzioni di Giustino il giovine.

Analecta lit. ad hist. Novellar. Justiniani, Kilon. 1794; in seguito per due *Beitræge zu Hugo's civ. Magazin* (t. III), e Phil. Fried. Weiss, per la sua *Hist. Novell. lit.* Marbourg, 1800. questo scritto rimasto disgraziatamente incompleto, non espose la Storia letteraria delle Novelle che fino a Halvander. - Savigny, t. III, pag. 453, t. IV, pag. 484. - Biener, *Geschichte der Novellen*, o *Storia delle Novelle* (Berlino, 1624), pag. 317 e seg. Questa opera contiene le ricerche le più precise e le più profonde sulla storia letteraria delle Novelle.

(1) C. J. Q. Kriegel, *Symbolæ criticæ ad Novellas Justiniani*, sive Nov. 87. in integrum restituta e codice Veneto, Florentino atque Vindobonensi. Lips. 1832.

3. Cinque costituzioni di Tiberio il giovine, la quarta delle quali manca.

4. Altre costituzioni di Giustiniano (1), di Giustino e di Tiberio.

5. Centotredici Novelle dell'imperator Leone.

6. Una costituzione di Zenone, *de novis operibus*.

7. Una infinità di costituzioni di diversi imperatori, sotto il titolo di *Imperatoriæ constitutiones*.

8. *Canones Sanctorum et venerandorum Apostolorum*.

9. I *Libri Feudorum*, raccolta di consuetudini dei Lombardi e delle Leggi degl'imperatori sui diritti feudali, durante il secolo decimosecondo. Questa raccolta è per anco il fonte principale del diritto feudale in Alemagna (2).

10. Alcune costituzioni di Federigo II, da cui sono tolte principalmente l' *Authenticæ Fridericianæ* del Codice (§. 82).

11. Due ordinanze d' Enrico VII, dell'anno 1312, dette *extravagantes* sui delitti di lesa maestà e sulla ribellione.

12. Il *Liber de pace Constantiæ*, che contiene la pace di Costanza, conclusa in Lombardia da Federigo I colle Città confederate. In molte edizioni, per esempio in quella di Simone van Leeuwen, si trovano anco i frammenti delle Dodici Tavole, e quelli delle opere di molti giureconsulti romani, specialmente d'Ulpiano, di Paolo e di Caio. Nell'edizione di Pietro ab Area Baudoza, è stata aggiunta anco la bolla d'oro di Carlo IV.

§. 107. *Delle edizioni di tutto il Corpus juris. 1. Delle edizioni glossate.*

L'edizioni di tutto il *Corpus juris* si dividono in edizioni colla *glossa* e *senza* (3).

L'edizioni colla glossa comprendono ordinariamente cinque volumi, il primo dei quali contiene il *Digestum vetus*, il secondo l'*Infortiatum*, il terzo il *Digestum novum;* il quarto racchiude i primi nove libri del Codice; e il quinto che s'intitola *Volumen legum parvum*, è composto dei tre ultimi libri del Codice, delle Novelle, dei *Libri feudorum* e delle *Istitute* (4): Le migliori edizioni colla glossa sono.

1. Quella comparsa a Lione *apud fratres Sennetonios*, 1549, 1550, fogl. in quinto (5).

2. Quella di Le Conte pubblicata a Parigi nel 1576, in fogl. in quinto.

3. Il *Corpus juris civilis glossatum ex recens. Dionys. Gothofredi*, comparsa a Lione, nel 1589, in fogl. in sesto *senza* il titolo comune di *Corpus juris*, e nel 1604, con questo titolo, corretta in fine ed ampliata, 1612.

4. L'edizione colla glossa, la più recente e la migliore, è quella pubblicata a Lione nel 1627, essa pure in fogl. in sesto, *studio et opera Joannis Fehii* (6).

---

(1) La più rimarchevole è la *Sanctio pragmatica:* pro petitione Virgilii. - V. a questo proposito il §. 78, nota 2.

(2) C. G. Paetz, *De vera librorum juris feudalis longobardici origine*. Gœt, 1805. C. Fred. Dieck, *Literaergeschichte des Longobardischen Lehnrechts*, o *Storia letteraria del diritto feudale lombardo*. Halle, 1828. - Ernest. ad. Laspeyres, *Ueber die Entstehung und ælt este Bearbei thung der libri feudorum*, o *sull'origine e il più antico lavoro dei libri feudorum*. Berlino, 1830.

(3) Sulle diverse edizioni del *Corpus juris civilis* e i titoli particolari, V. Sammet, *Hermenuitick*, §. 12, e specialmente Spangenberg. *Einleitung*. pag. 645, e seg.

(4) Ognuno dei cinque volumi aveva una legatura di color differente che sembrava essere analoga al contenuto dei volumi. V. Sebast. Brant, *Omnium titulor. juris tam civilis quam canonici expositiones*. Lugd. 1547. pag. 6. 7. - Spangenberg, pag. 127.

(5) Questa edizione è rimarchevole perchè il *Brachylogus* (§. 79) è stato ivi riprodotto, come *Juliani epitome Novellarum*, sopra un buon manoscritto.

(6) Ordinariamente vien riguardata come una delle migliori edizioni glossate quella di Pietro Baudoza (*ab Area Bau-*

§. 108. 2. *Delle edizioni senza glossa.*

L'edizioni senza glossa si suddividono in edizioni corredate da note di moderni giureconsulti, e in edizioni non contenenti che il testo.

A. Le migliori edizioni colle note sono:

1. Quella di Luigi Russard, intitolata *Jus civile* pubblicata prima a Lione, nel 1560, 1561, in fol. in sett. e poi a Anversa, nel 1563, e 1567, e nel 1569 e 1570 in 8. (1).

2. Quella di Ant. Le Conte, che comparve a Parigi, nel 1562, nov. in 8.; a Lione, 12. in quin. e nel 1581 con un nuovo titolo (2).

3. Quella di Charondas, che comparve in Anversa nel 1575, fogl. in due, e nella quale con molto discernimento l'editore pose le note di Russard e di Le Conte.

4. Quella di Giulio Pacio, che fu prima pubblicata a Ginevra nel 1580 in fogl. e nel medesimo anno in nove volumi in 8.

5. L'Edizioni di Dionisio Gotofredo (3). La prima comparve a Lione, nel 1583, in 4. e fu ristampata a Francfort-sur-Mein, nel 1587 (4). La seconda edizione, corretta (*editio secundæ prælectionis*), fu pubblicata a Lione nel 1590, in due volumi in foglio. La terza edizione, corretta, fu ristampata a Ginevra nel 1602, in quattro volumi in foglio. La quarta a Lione nel 1607 in due volumi fogl.; e la quinta, che è la più completa, corredata di note di Dionisio Gotofredo, comparve a Ginevra nel 1624, in fogl. per cura di suo figlio Giacomo Gotofredo: essa è stata in seguito spesso ristampata, specialmente per cura di N. Antonius a Lione, nel 1652 e 1662.

6. Una delle migliori e più belle edizioni del *Corpus juris* con note, è quella di Simone van Leeuwen pubblicata in Amsterdam, nel 1663, in fogl. Essa contiene, oltre le note del Gotofredo, molte note di varj altri giureconsulti. Fu ristampata prima a Francfort-sur-Mein, nel 1663, e dopo a Leipzig, in 4., nell' anni 1705, 1720, e 1740 (5).

B. Fra l'edizioni senza note, sono da rimarcare:

1. La ristampa dell' edizione del *Corpus juris* di Haloander, di Basilea, presso Hervage, 1541, due vol. in fogl. Tommaso Guarino pubblicò nel 1570 una ristampa di questa ultima edizione, in tre volumi in foglio.

2. Quella d'Amsterdam, d'Elzevir, del 1664, col famoso errore di stampa: *Pars secundus*, 1681, 1687, e la più corretta del 1770, in 8.

3. Il *Corpus juris academicum*, di Freiesleben, pubblicata prima a Al-

---

doza) Lugduni (qualche esemplare: Ginevra), 1593, qualche volta ancora con nuovo titolo, del 1600, 4 vol. in 4.; ma essa è di poco conto. - Hugo, *Storia del diritto romano dopo Giustiniano*, 3. ed. pag. 316.

(1) Russart, nella sua edizione ha racchiuso nel segno ‖ ‖ più passi per mostrare che non si trovano in tutti i manoscritti. Tanto su questi segni che su quelli del Torelli e del Gotofredo, V. Phil. Fréd. Weis, *dei segni che si trovano nelle edizioni delle Pandette, e principalmente di Russart.* Marbourg, 1793. - Spangenber, pag. 442.

(2) Le Conte non ha rivisto in questa edizione che le Istitute e il Codice. - Spangenberg, p. 808.

(3) La scelta del testo poco vale, e le note contengono molte inutili ripetizioni, di obiezioni senza soluzione *(immo)* specialmente dei passi che sembrano essere in contraddizione. V. Ge. Ad. Struvius. *Gotofredi immo.* Francof. ad M. 1695. Nullameno le edizioni del Gotofredo sono utilissime a cagione del rinvio ai fonti e alle Basiliche, e a cagione degli estratti dei migliori Giureconsulti. Vi sono ancora delle edizioni del Gotofredo senza note, ma esse poco valgono.

(4) La ristampa di Francfort, del 1663, in gran 4. per verità è molto famosa, ma pessima.

(5) Sull'edizione del 1720, V. Wieling, *Jurispr. rest.* P. II, p. 210. La ristampa del 1740 è buona.

tenbourg, 1721, gr. in 8., e dopo a Basilea *(Coloniæ munatianæ)* 1734, in 4., e in seguito spessissimo in questi due luoghi. L'edizioni d'Altenbourg non contengono che il testo, e quelle di Basilea contengono ancora delle concordanze situate sotto il testo.

4. L'edizione del *Corpus juris* incominciata da Gebauer, e condotta a termine, dopo la sua morte, da Ge. Aug. Spangenberg, il primo volume della quale comparve a Goettinga, nel 1776, e il secondo nel 1797, in gran quarto. Essa racchiude delle varianti e delle critiche, ma non è corredata d' osservazioni esplicative; non solo Schrader ha egregiamente dimostrato, come doveva condursi una edizione critica e arricchita di note esplicative (1), ma abbiamo di più la certezza, che egli, Clossio, Tafel e Majer, ce ne somministreranno una (2): è comparso già il primo volume contenente le Istitute (3). Frattanto indipendentemente da questa grand'opera di Schrader, molte più piccole edizioni del *Corpus juris civilis* si pubblicano a Leipzig, e non contengono che il testo e le varianti di maggiore importanza; noi citeremo fra l'altre quella di J. L. W. Beck (4), e quella dei fratelli A. Kriegel e C. Kriegel (5). Questa ultima edizione si distingue per ciò ch'ella rinvia nelle sue Istitute, a Cujacio, a Ulpiano e alle Basiliche; nelle Pandette, alle tre masse dei frammenti e al loro ordine (§. 63), non menoche alle *Partes digestorum;* in fine alle Basiliche e loro scolie.

§. 109. *Delle edizioni riordinate, e delle Crestomazie.*

Oltre l'edizioni delle quali abbiamo parlato, ve ne sono dell'altre, che si dicono *edizioni riordinate:* queste sono quelle, in cui gli editori hanno disposto il testo pei frammenti e delle costituzioni, legandone e riunendone le parti, che hanno rapporto, e che erano sparse per l'avanti. Tra queste sono:

Eusebii Begerii *Corpus juris civilis reconcinnatum in tres partes distributum*, cum præf. L. B. di Senkenberg. Francofurti et Lipsiæ, 1767, e 1768, in tre volumi. Rob. Jos. Pothier, *Pandectæ Justinianeæ, in novum ordinem digestæ cum legibus Codicis et Novellis, quæ jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrògant*. Parigi, 1748-52; dipoi, Lione, 1782, fol. in tre *in foglio*, e Parigi 1818-21.

Vi sono le Crestomazie, o scelta dei migliori luoghi dei diversi fonti del Romano Diritto, del Domat (6),

---

(1) Clossio, *Descriptio codicum quorundam manuscriptorum digesti veteris, etc.* cum præf. Schraderi. Vimariæ, 1818. - Schrader, *Tit. Dig. de condict. ob turpem causam et de testibus.* Tubing. 1819, in præf.

(2) *Prodromus corporis juris civilis a Schradero, Clossio, Tafelio, edendi. Inest totius operis conspectus, subsidiorum ad Institutionum criticum recensionem et interpretationem spectantium enumeratio.* Berol. 1823.

(3) *Corpus juris civilis*; Ad finem Codicum manuscriptorum aliorumque subsidiorum criticorum recensuit, comentario perpetuo instruxit Eduardus Schrader. In operis societatem accesserunt. T. L. F. Tafel, G. F. Clossius, post hujus discessum. C. J. Maier, t. I, *Institutionem Libri IV.* Berol. ap. G. Reimerum, 1832

(4) *Corpus juris civilis*, recognovit et brevi annotatione instructum edid. J. L. G. Beck. T. I. pars I. Lips. 1825; pars II, 1826. T. II, pars I, 1831 *(Codex)*. Le Novelle comparvero nel 1837.

(5) *Corpus juris civilis*, recognoverunt brevibusque adnotationibus criticis instructum ediderunt C. J. Albertus et C. Mauritius Fratres Kriegelii. Ed. stereotyps. Lips. sumt. Baumgærtneri, 1828.

(6) Domat, *Delectus legum Digestorum et Codicis ad usum scholæ et fori.* Parigi, 1700; Amstelod., 1703. - Domat, *Le leggi civili nel loro ordine naturale.* Parigi, 1713, 1723, 1745, 1756, 1767, 1777.

Seidensticker (1), Hugo (2), Cropp (3), Savigny (4), Haubold (5), Pernice (6), Furstenthal (7), Hermann (8), e Blondeau (9).

---

(1) Seidenstiker, *Corpus juris civilis in Crestomatiam contractum*. Goet. 1798.

(2) Hugo, *Versuch einer Chrestomathie von Beweisstellen für das heutige Rœm. Recht.* o *Saggio d'una crestomazia del diritto romano moderno*, 1802, in 8. che forma il settimo volume del suo *Corso di diritto civile*; in seguito 1807, il quinto volume. La terza ediz. comparve nel 1820.

(3) Cropp, *Loca juris romani selecta*. Heidelberg, 1815, in 8.

(4) Senza titolo particolare.

(5) Haubold, *Doctrinæ Pandectarum lineamenta cum locis classicis juris imprimis Justinianei* etc. Lips. 1820.

(6) L. Pernice, *Grundriss der Geschichte, Alterthümer und Institutionen des Rœm. Rechts*, o *Ragguaglio dell'Istoria dell' antichità e delle Istituzioni del diritto romano*, 3. ediz. Halle, 1824.

(7) G. A. L. Furstenthal, *Corpus juris civilis, canonici, germanici reconcinnatum*, 2 vol. Berlino, 1828-1829. - Idem, *Corpus juris academicum systematice redactum*, t. I, Berlino, 1829.

(8) L. Hermann, *Sammlung der in Mackeldy's Lehrbuche des heut, Rœm. Rechts citirten Belegstellen* o *Collezione dei passi citati nel Manuale del diritto romano* di Mackeldey parti due. Giessen, 1832.

(9) H. Blondeau, *Chrestomathie*, o *Scelta dei Testi per un corso elementare di diritto privato dei romani*, preceduto da una *Introduzione allo Studio del Diritto*, 1. e 2. comparsa. Parigi, 1830; 3. e 4. 1833.

SEZIONE SESTA

Dei differenti metodi d' insegnamento, e della bibliografia del Diritto Romano.

§. 110. *Dei metodi in generale.*

I lavori scientifici, che furono oggetto di tutto il diritto positivo, e per conseguente anco del romano diritto, si posano:

1. *Sull'esegetica* o spiegazione dei fonti del diritto, a noi pervenuti, secondo le regole della critica e della interpretazione.

2. *Sul metodo dommatico*, o esposizione sistematica e sviluppo dei principj tratti dai fonti del diritto in vigore.

3. Finalmente, *sull'Istoria del diritto*, o indicazione dei fonti di diritto, e in particolare, dell' origine e della formazione progressiva di ciascuna parte di diritto (§. 18). Ciascuno di questi tre metodi di trattare il diritto positivo, ha il suo metodo particolare e la sua utilità, e uno non può essere interamente dall'altro disgiunto. Il metodo esegetico forma la prima e più importante base dello studio di tutto il diritto positivo; il metodo dommatico, ne insegna a conoscere in tutta la sua estensione e applicazione pratica il diritto realmente in vigore; l' istoria del diritto ne mostra i motivi istorici e politici del diritto in vigore, e per tal via ne pone sott'occhio lo spirito e il vero senso. L'esegetica, la parte dommatica e l' istoria del diritto, debbono dunque sempre esser concatenate fra loro; ma seguendo il fine particolare proposto nei libri, o nell'insegnamento orale d'un diritto positivo, or l' una, or l'altra, può venire considerata come parte principale, e sotto questo aspetto soltanto, la distinzione che ordinariamente si fa tra l' insegnamento, e l'opere esegetiche, dommatiche e istoriche, è di qualche importanza (1).

§. 111. *Del metodo dei glossatori.*

I glossatori dettero la preferenza, tanto nei loro scritti, che nell' insegnamento del romano diritto, al metodo esegetico. Essi preser per base il testo dei libri del diritto Giustinianeo, e titolo per titolo, lo spiegarono ora per sommarj *(summæ)* ora per osservazioni a passi isolati (*glossæ*) che comentando un titolo intero, presero anco il nome di *apparatus* (2). Questo metodo fu pure lungamente seguito, in Italia, in Francia, e in Alemagna, allorchè il romano diritto vi si fu introdotto e insegnato nelle università nuovamente erette.

§. 112 *Dei nuovi metodi.*

Ma siccome, in seguito si composero anco dei corsi particolari sopra

(1) Sui diversi metodi d' insegnare il diritto romano, V. Haubold, *Inst. jur. rom.* ediz. Otto, §. 22-34, e le opere di sopra citate, §. 18, nota 2.

(2) Cpr. Spangenberg, *Einleitung*, p. 255. - Savigny, *Gesch.* des R. R. t. III, p. 497, 523; t. IV e V.

altri rami della scienza del diritto, fu impossibile d' impiegar tanto tempo sul diritto romano e sull' esegetica quanto per l' avanti, e si sentì l' obbligo di limitarne le lezioni. A tale effetto, si principiò nel decimo sesto e decimo settimo secolo a scrivere libri, prima sulle *Pandette* e dopo ancora sulle *Istitute*, e ad aprir così la strada al metodo dommatico. In tutti i libri destinati all' insegnamento del romano diritto, si seguì in principio l'ordine dei titoli delle *Istitute* e delle *Pandette* (*secundum ordinem Institutionum et Digestorum*) e con questo metodo s'insegnò lungamente nelle università Alemanne (1). Al contrario, nelle nuove opere sulle *Istitute* e sulle *Pandette*, si segue in generale al presente, un ordine sistematico, ma questi libri differiscono sovente fra loro, tanto pel contenuto che per la forma. L'Istoria del diritto romano, tanto può andar connessa alle Istitute, quanto può insegnarsi in un corso particolare.

§. 113. *Dell'inconveniente che proviene dal trascurare i corsi esegetici.*

Il metodo istorico-dommatico, è al presente il più favoreggiato, e non può negarsi che non sia il più opportuno all' insegnamento del diritto romano; nullameno è increscevole che le lezioni esegetiche sui fonti del romano diritto, divengano di dì in dì più rare, comecchè la maggior parte degli studenti, le riguardino come inutili e superflue! Ed è per questa non credibile trascuranza dell' ermeneutica e del metodo esegetico, che mostrano eglino una indifferenza sempre crescente per lo studio dei fonti del diritto; conseguenza trista ma naturale; ed è a desiderarsi che si faccia tostamente rivivere la consuetudine di formare dei corsi esegetici, al meno sul testo delle Istitute, e sui migliori passi dell'altre parti del *Corpus juris*, come sopra Ulpiano, Gajo, e i *Vaticana Fragmenta*. Niun corso infatti, può essere opportuno, ove a lui manchi l'*ermeneutica*, per introdurre i principj nello studio dei fonti del diritto, e fargli fare dei sensibili progressi (2). Lo studio dei fonti, è il solo nella nostra scienza, come nelle altre, atto a formare il nostro spirito, a renderne superiori al ridicolo difetto di giurare *in verba magistri*, e ridurne in stato di camminare liberamente e d'esserne di continuo da noi stessi di guida!

§. 114. *Bibliografia scelta del diritto romano.*

Noi abbiamo parlato in questa *Introduzione*, e precipuamente al Capitolo V, dei fonti del diritto romano a noi pervenuti. Or non resta a dire che dei migliori scritti antichi e moderni, che sono stati pubblicati sul diritto romano.

I. OPERE BIBLIOGRAFICHE.

Martinus Lipenius, *Bibliotheca realis juridica*. Francof. 1672, fogl. post Frid. Glieb. Struvii et Gottlob. Aug. Jenichii curas multis accessionibus aucta. Tom. I, e II, Lips. 1757, fogl. I seguenti vi hanno aggiunto dei supplementi: 1. Frid. Aug. Schott, ibid. 1775, fogl. - 2. Ren. Car. de Senckenberg, ibid. 1789, fogl. - 3. Lud. Gottfr. Madihn. Vratislav. 1817-1820, fogl.

Burc. Gotth. Struvius, *Bibliotheca juris selecta*. Jenæ, 1703. Ed. 8. cura Chr. Gottl. Buderi, Jenæ, 1758, 8.

Camus, *Biblioteca scelta di libri di diritto*, preceduta da *Lettere sulla professione d'avvocato*. Parigi, 1772, 1773; ed. 4. per Dupin, Parigi, 1818, in 8.

---

(1) Hugo, *Encyclop*. 7. ed. p. 341-354. - Falck, *Encyclop*. 3. ed. §. 91.

(2) V. sull' utilità e il piano di un tal corso Hugo, *Civ. Mag.* t. II, p. 251; e Schrader, *Ibid.* t. IV, p. 411.

C. Chr. Westphal, *Systematische Anmleitung zur Kenntniss der besten Bücher in der Rechtsgelehrtheit*, o *Indicazione sistematica per conoscere le migliori opere di Giurisprudenza*, 3. ed. Leipz. 1791.

Heinr. J. Otto Kœnig, *Lehrb. der algem. jurist. literatur.* o *Manuale della letteratura universale del diritto*, 2. parte, Halle, 1785, in 8.

J. S. Ersch, *Literatur der jurisprudenzend politik*, o *Letteratura della Giurisprudenza e della politica.* Nuova edizione, per J. Ch. Koppe, Leipzig, 1823, in 8.

F. W. Ulmenstein (baron d'), *Handbibliothek des Civilrechts*, o *Biblioteca del diritto civile.* 3 vol. Berlino, 1819, 1821, 1823.

Cpr. Hugo, *Geschichte des RR. seit Justinian,* o *Storia del diritto rom. dopo Giustiniano;* 3. ed. p. 58, 59.

II. OPERE LEXICOGRAFICHE.

Barn. Brissonius, *De verborum, quæ ad jus civile pertinent, significatione.* Lud. 1559, fogl. Pubblicata in seguito più volte e in ultimo luogo per cura di J. Gottl. Heineccii, et cum præf. Justi Henn. Boehmeri Halæ. Magdeb. 1743, fogl.

Jo. Wunderlich, *Addimentorum ad B. Brissonii opus de verborum significatione volumen.* Hamburg. 1778, fogl.

Andr. Guil. Cramer, *Supplementi ad B. Brissonii opus de verborum significatione*, Spec. I. Kiliæ, 1813.

R. Phil. Vicat, *Vocabolarium juris utriusque.* Lausannæ, 1759, 3 vol. — Neapoli, 1760, 4 vol.

Su Brissonio e suoi posteriori commentatori, V. H. E. Dirksen, nel *Rhein. Museum für Jurisprudenz.* 2. anno, pag. 82, e suo *System der juristischen lexicographie*. Leip. 1834, p. 30, e seg.

H. E. Dirksen, *Spec. thesauri latinitatis fontium juris civilis romanorum.* Lips. 1834.

III. OPERE ERMENEUTICHE.

Val. Guil. Forster, *Interpres, s. de interpretatione juris.* Viteb. 1613. Altenb. 1710; et in Ever. Ottonis *Thes. jur. rom.* t. II, p. 945–1068.

F. Rapolla, *De Jcto, sive de ratione discendi interpretandique juris civilis.* Neapoli, 1726; ed. 2., ibid. 1766.

Chr. Henr. Eckhardt, *Hermeneutica juris.* Lips. 1750. 2. ed. cum notis, Car. Frid. Walchii, 1779; ed. 3., 1802.

Henr. Ge. Wittich, *Principia et subsidia hermeneuticæ juris.* Gœtt. 1799.

J. Gottf. Sammet, *Hermeneutik des Rechts*, o *Ermen utica del diritto* pubblicata per Fred. G. Born. Leipzig. 1801.

A. F. J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des Rœm. Rechts*, o *Teoria dell' esposizione logica del diritto romano*, Altona, 1799; 2. ed. 1806.

Walth. Fred. Clossius, *Hermeneutik des Rœm. Rechts und Einleitung in das corpus juris civilis in Grundrisse mit einer chrestomatie von Quellen*, o *Ermeneutica del diritto romano e introduzione al corpo del diritto civile, corredato della crestomazia dei fonti.* Riga e Dorpat, 1829.

IV. OPERE ESEGETICHE.

A. *Su tutto il* Corpus Juris.

A questa categoria appartengono la *Glossa Accursiana*, le note dei Giureconsulti posteriori, specialmente quello di Dionisio Gotofredo sul *Corpus juris*, come le opere del Cujacio contenenti le osservazioni esegetiche le più preziose su quasi tutti i difficili passi del *Corpus juris.* L' edizioni le più complete degli scritti del Cujacio, sono le seguenti:

Jac. Cujacius, *Opera omnia*, cura Annibalis Fabrosi. Parisiis, 1658, vol. 10.

Jac. Cujacius, *Opera omnia*, studio et diligentia Liborii Ranii. Neapoli, 1722–1727, vol 11 in fogl. (Questa edizione non è che una ristampa di

quela di Napoli, ma differisce nella paginazione).

L'Opera seguente è indispensabile a conoscersi per gli scritti del Cujacio; Dominicus Albanensis, *Promptuarium universorum operum Jac. Cujacii*. 2 vol. in fogl. Contiene essa le note le più esatte al Cujacio, sopra i luoghi isolati dei fonti di Giustiniano e d'altri. L'edizione originale di quest'opera, comparve a Napoli, nel 1763, e non si riporta che a due edizioni napoletane dell'*Opera omnia*. Una ristampa del *Prontuario* fu eseguita in seguito a Modena, nel 1795, e compilata sull'edizione dell'*Opera omnia*, di Venezia e di Modena.

B. *Sulle diverse parti del* Corpus juris.

1. *Istitute.*

Fr. Balduinus, *Commentarios ad Instituta*. Parigi 1546, in fogl. - Ibid. 1554, in fogl. - Francof. ad Mœn. 1582, in fogl.

Jac. Cujacius, *Notæ priores et posteriores in Inst*. Colon. Agripp. 1592, et in *Opp*. ed. Ranii, t. I, p. 1.

Franc. Hotomanus, *Commentarius ad Institutiones*. Basil. 1560, in fogl. - Ibid. 1659. - Lugd. 1588, et in *Opp*. t. II, pag. 1.

Janus a Costa, *Commentarius*. Parigi 1659, cum Theod. Marcilii et M. A. Mureti commentariis, cura J. Van de Water. Traj. ad Rhen. 1714. Lugd.-Bat. 1719 e 1744.

Herrm. Vultejus, *Commentarius*. Marburg. 1598.-Ibid. 1600; ibid. 1613.

Paul. Vœtius, *Commentarius in IV Libros Institutionum*. 2. Partes. Ultratrajecti, 1668.

Edm. Merillus, *Commentarius*, Amstel. 1642. Questa opera è stata spesso ristampata; e per ultimo: cura et cum notis Jo. Glieb. Heineccii. Lugd.-Bat. 1723. - Ibid. 1767.

Joachim, Oppius, *Commentatio succinta ad Institutiones*. Francof. 1673. - Ibid. 1646.

Ever. Otto, *Commentarius et notæ criticæ ad Institutiones*. Traj. ad Rhen. 1729, cum præf. Chr. Fred. Harpprechtii. Francof. e Lips. 1743, Studio Joh. Iselini. Basil. 1760.

Imperatoris Justiniani Institutionum libri V. Commentario perpetuo instruxit. Ed. Schrader. Berol. 1832.

2. *Pandette.*

Odofredus, *Comment. in Dig*. Venet. 1480. in fogl. - Lugd. 1550, in fogl.

Guil. *Budæus*, *Annotationes in XXIV Pandectarum libros*. Parigi, in fogl.. Lugd. 1567.

Andr. Alciatus. *Comm. in varios titulos Digestorum*; *in Opp*. Lugd. 1569, t. I, II.

Eguin, Baro, *Comment. ad τα πρωτα. Digestorum*. Parigi, 1548, in fogl. et in *Opp*. t. I, *et ad varios titulos Digestor*. Ibid. t. 11. p. 49.

Franc. Duarenus, *Commentarii in varios digestorum libros et titulos; in Opp*. ed. Francof. 1598, in fogl. p. 1-1026.

Jac. Cujacius, *Comment. in quosdam Pandect. titolus; in Opp*. ed Ranii, t. I, p. 893. *Recitationes solemnes in Digesta;* in Opp. t. VII, VIII. *Notæ in Digesta; in Opp*. t. X, p. 382. *Recitationes solemnes ad nonnullos titulos Dig.;* in *Opp*. t. X, p. 1406.

Aug. Donellus, *Comment. in quosdam titulos Digestorum*. Antw. 1582, in fogl. in *Opp*. t. X, XI.

Franc. Hotomanus, *Scolæ in LXX tit. Dig. et Cod*. In *Opp*. t. II, p. 1.

Hub. Giphanius, *Lecturæ Altorphinæ in varios titulos Dig. et Cod*. Francof., 1605.

Ant. Faber, *Rationales in Pandectas* (ad Libr. I-XIX). Tom. I, Ginevra, 1604. Ibid. 1619, tom. II-V, ibid. 1619-1628, fogl. Tom. I-V, Lugd. 1659-1663, in fogl.

Idem, *Conjecturæ juris civilis*. Lugd. 1591-97, in fogl. et noviss. Lugd.-Bat., 1718.

Jo. Brunnemann, *Comment. ad Pand*. Francof. ad Viadr. 1670, in fogl. cura Sam. Strykii, Viteberg. 1731, in fogl.

Ant. Mornacius, *Observ. in L. libros Digest.* T. I e II. Parigi, 1654–1660, in fogl. in *Opp.* t. I–IV, ibid. 1721, fogl.

Janus a Costa, *Prælectionis ad illustriores quosdam titulos locaque selecta juris civilis;* edidit et notis illustravit B. Voorda. Lugd.–Bat. 1773.

Ant. Dadinus Alteserra, *Recitationes quotidianæ in Claudii Tryphonini libros XXI disputationum et varias partes Dig. et Cod.* 2 tom. Tolos. 1679–84.

3. *Codice.*

Odofredus, *Lectura s. XXII libr. Codicis.* Lugd. 1550, in fogl.

Azio, *Lecturæ s. comment. ad sing. Leges XXII libr. Cod. Just.* Parigi, 1577, in fogl.

Andr. Alciatus, *Adnotat in tres posteriores libros codicis; commentar. in varios tit. Codicis;* in *Opp.* t. I. IV, V. Lugd. 1560.

Jo. Sichardus, *Prælectiones in Codicem.* T. I, II. Basil. 1565, in fogl. Francof. ad M. 1586; ibid. 1614, in fogl.

Jac. Cujacius, *Commen. in tres postremos libros Codicis;* in *Opp.* ed: Ranii, t. 11. *Recitationes solemnes in Codicem*; in *opp.* t. IX. *Notæ in Cod.;* in *opp.* t. X, p. 603–744. *Recitat. solemnes in libros IV priores Cod.* in *opp.* T. X, p. 813, e seg.

Franc. Hotomanus, *Scholæ in* LXX *tit. Dig. et Cod.* in *opp.* t. 11, p. 261.

Hug. Donellus, *Comm. absolut. in* II, III, IV, VI, e VIII *libr. Cod.* Francof. 1599, in fogl. ibid. 1620, et in *opp.* tom. VII–IX.

Hub. Giphanius, *Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis.* col. Plancianæ, 1614. Basil. 1615. Francof. 1631.

Vnt. Mornacius, *Observ. in libr. Cod.* I, III, IV. Parigi, 1620, et in *opp.* tom. I, IV.

Perez. *Prælectiones in Codicem*, col. Agripp. 1661, 2 tom. spesso ristampate.

Jo. Brunnemann, *Comment. in* XII *libr. Cod.* Lips. 1679; ibid. 1699, in fogl.

Petr. et Franc. Pithæus, *Comment. ad Cod. Just.* cura Franc. Desmares. Parigi, 1589, in fogl.

Jo. Jac. Wissenbachius, *Comment. in libr.* IV *prior. Cod.* Franc. 1660. *In libr.* V, VI, VII; ibid. 1664; ed. novi. ibid. 1701.

Cyprianus Regenerus ad Oosterga, *Comm. in omnes et singulas leges, quæ continentur in Codice.* Traj. ad Rhen. 1666.

Ant. Dadinus Alteserra, *Recitationes quotidianæ in varias partes Dig. et Cod.* T. I, II. Tolos. 1679–84.

4. NOVELLE.

Franc. Balduinus, *Breves comment. in præc Just. Novellas sive auth. constit.* Lugd. 1548.

Jac. Cujacius, *Expositio novell. constit. Just.;* in *opp.* ed Ranii, t. 11, p. 1017, e seg.

Joach. Stephanus, *Expositiones novellar. constit.* Francof. 1608.

Conr. Ritterhusius, *Jus justinianeum, h. e. Novellarum Justiniani expositio methodica.* Argent. 1615; ibid. 1629; ibid. 1669.

C. F. Hommelius, *Corpus juris civilis*, cum notis varior. Lips. 1768.

Ant. Schulting, *Notæ ad Dig.* cum animadvers. Nic. Smallenburgii. T. I–VI, t. VII. P. I. Lugd.–Bat. 1804–1832.

Queste due ultime opere sono utilissime per la ricerca delle spiegazioni dei passi sparsi nelle opere esegetiche.

V. STORIA E ANTICHITÀ.

A. *Sulla Costituzione e Governo dello Stato Romano.*

Paulus Manutius, *Antiquitates romanæ*. Suoi trattati particolari: *De legibus, de senatu, de comitiis romanorum, et de civitate romana*, si trovano in Jo. Ge. Grævius, *Thesaur. antiquit. romanar.* t. I, II.

Onophrius Panvinius, *Reipublicæ romanæ commentariorium libri III*, Venet. 1558, e in seguito ampliati: Parigi, 1588. I suoi trattati particolari si trovano egualmente in Grævius, *Thes.* t. I, III.

Franc. Hotomanus. *Antiquitatum romunorum libri V.* In opp. t. III. pag. 191-764 Grævius. *Thes.* t. II.

Car. Sigonius. *De antiquo jure populi romani libri XI.* La migliore edizione di quest' opera pregiatissima anco al presente si trova nelle *Opere* dell'Autore. Mediolani, 1736. t. V.

Emman. Dani. *Origine et progressi del cittadino e del governo di Roma.* 2 tom. Roma, 1763-64. Tradotto in Alemanno, da W. Eisendecher, sotto il titolo: *Enstchung, Entwicklung und Ausbildung des Bürgerrechts im alten. Rom.* Hambourg, 1829.

L. de Beaufort. *La repubblica romana, o piano generale dell' antico governo di Roma*, 2. tomi; a La Haye, 1766; a Parigi, 1767, 6. vol.; a La Haye, 1775.

Barth. Gl. Niebuhr, *Rœmische Geschichte*, o *Storia romana.* 2 Parti. Berlino 1811, 1812. La prima parte ebbe nel 1827 una seconda edizione, e nel 1828 una terza; la seconda parte ebbe nel 1830 una seconda edizione. Le Traduzioni delle opere di Niebuhr sono: *The hystory of Rome*, by B. G. Niebuhr. Translated by Jul. Char. Hare and connop Thirewall. vol. 1, Cambridge, 1828 (Vedi *Edimburgh Review.* July, 1830, pag. 358.) - B. G. Niebuhr, *Storia romana.* Tradotta dall'Alemanno sulla terza edizione, da B. A. di Golbery. 1. Libro. 2 vol. Parigi, 1829, e ristampata a Bruxelles, 1830. - La terza parte dell' opera comparve a Berlino nel 1832, dopo la morte dell'Autore, con una prefazione di J. Classen.

Chr. Ferd. Schulze, *Von den volksversammlungen der Rœmer*, o *Delle assemblee del popolo presso i romani.* Gotha, 1815.

Th. Max. Zachariæ, *Versuch einer Geschichte des Rœmischen Rechts!*, o *Saggio di una Storia di Diritto romano.* Leipzig, 1814.

C. Dietrich Hullmann, *Staatsrecht des Alterthums* o *Il diritto pubblico dell'antichità.* Cologne, 1820. Egli ha scritto anco un'opera sulla costituzione romana *Rœmische Grundverfassung*, Bonn, 1832.

C. A. Gründler, *Handbuch der Rœmischen Rechtsgeschichte*, o *Manuale della storia del diritto romano.* Il primo volume contiene l'Istoria dello Stato romano, la sua costituzione e il suo diritto pubblico. Bamberg, 1821 Il secondo volume s' occuperà della Storia esterna del diritto.

J. Hopfensack, *Staatsrecht der Unterthanen der Rœmer*, o *Diritto pubblico dei sudditi romani.* Düsseldorf, 1829.

Bischoff, *Allg. Geschichte der Rœmer mit besonderer Rücksicht auf ihr Recht, Rœm. Rechtsgeschichte, und Rechtsalterthümer*, o *Storia generale dei Romani, considerata sotto il rapporto del diritto, dell' istoria del lor diritto e delle antichità.* T. I, Leipzig, 1825.

Ch. L. Fr. Schultz. *Grundlegung zu einer geschichtlichen, Staatswissenschaft, der Rœmer.* Cologne, 1833.

B. *Storia del diritto romano.*
1. *Storia esterna.*

Aymarus Rivallius, *Historiæ juris civilis libri V.* Mogunt. 1527, spesso ristampata.

Jac. Gothofredus, *Manuale juris.* Quest' opera contiene fra l' altre una breve storia del diritto. Le migliori edizioni sono: Lugd.-Bat. 1684. Ginevra, 1710, Parigi, 1806.

Ge. Schubart. *De fatis jurisprudentiæ romanæ.* Jenæ, 1696. Stampata in seguito da C. G. Tilling. Lips. 1797.

Ch. Gottfr. Hoffmann. *Historia juris romani.* Tom. I, Lips. 1718, 1734; Tom. II, Lips. 1726.

Jo. Sal. Brunquell, *Historia juris romano-germanici.* Jenæ, 1727. Amsel. et Lugd.-Bat. 1751.

Ant. Terrasson. *Storia della giurisprudenza romana.* Parigi, 1750, in fogl.

Rud. Fr. Telgman, *Geschichte des Rœm. Rechts*, o *Storia del diritto romano*. Salzwedel, 1730. Ampliata e corretta, Gœtt. 1736. In fine pubblicata da H. Scheidemantel. Leipzig, 1780.

Jo. Gottl. Heineccius, *Historia juris civilis romani et germanici*. Halæ, 1733. Lugd.-Bat. 1740, con note di J. Ritter, ibid. 1748; con queste ultime e quelle di J. Silberrad, Argentor. 1751, e 1765.

J. Aug. Bach, *Historia jurisprudentiæ romanæ*. Lips. 1754, con osservazioni di Aug. Corn. Stockmann. 6. ed. Lips. 1806.

Chr. Gottl. Haubold. *Historia juris romani*, tabulis synopticis secundum Bachium illustrata. Lips. 1790. M. Jourdan, ha pubblicato, nel 1823, a Parigi, una nuova edizione di questa opera con cangiamenti e addizioni.

Théod. Max. Zachariæ, *Versuch einer Geschichte des Rœm. Rechts*, o *Saggio d' una Storia del diritto romano*. Leipzig, 1814.

Ch. Dubelow, *Rœm. Staats-und Bechtsgeschichte in Grundrisse*, o *Saggio d' una Storia della politica e del diritto romano*. Hallæ, 1818.

Berriat-St.-Prix, *Storia del diritto romano*. Parigi 1821.

Wencesl. Alex. Macieiowski, *Historia juris romani*. Ed. 2., Varsaviæ, 1825.

Warnkœnig, *Storia esterna del diritto romano*, per uso degli studenti in diritto. Bruxelles, Tarlier, 1836 (1).

2. *Storia interna e Antichità.*

Jos. Gottl. Heineccius, *Antiquitatum romanarum, jurisprudentiam illustrantium syntagma, secundum ordinem Institutionum digestum*. Halæ, 1719. Spesso ristampata, in seguito a Louvain, e Franecker, 1777. per Herm. Cannegieter, e in fine per Chr. Gottl. Haubold, a Francfort-sur-Mein, 1822.

Jo. Henr. Ch. de Selchow, *Elementa antiquitatum juris romani publici et privati*. Gœtt. 1757. Ampliata sotto il titolo di *Elementa juris romani antejustinianei*. Gœt. 1778.

Le opere seguenti possono servire come d'*ausiliarie* allo studio delle antichità del diritto romano.

Sam. Pitiscus, *Lexicon antiquitatum romanarum*. 3 tom. Hagæ Comit. 1737.

Ge. Henr. Nieupoort. *Rituum qui olim apud Romanos obtinuerunt succinta explicatio*. Traj. ad Rhenum, 1712. Lugd.-Bat. 1802. Una traduzione francese comparve sotto il titolo: *Spiegazioni compendiate delle consuetudini e cerimonie osservate dai Romani*, per Desfontaines. Parigi, 1750. V. ancora: C. G. Schwartz, *Observationes al Nieupoortii compendium antiquitatum romanarum*, cum præf. A. M. Nagel. Altof., 1757.

G. C. Maternus de Cilano, *Ausführliche Abhandlung der Rœm. Alterthümer*, o *Trattato completo delle antichità romane*, pubblicato da C. C. Adler, 4 vol. Altona, 1775, 1776.

Adam. Le *antichità Romane* (Quest'opera è scritta in inglese). È stata tradotta in francese nel 1818 e 1828, e in alemanno da Meyer. *Manuale delle antichità romane*. Erlangen, 1797. Nuova edizione, 1806.

Ge. Gust. Kœpke, *Antiquitates romanæ in XII tabulas descriptæ*. Berol. 1808.

G. D. Fuss. *Antiquitates romanæ*. Leodii, 1820; una nuova edizione miglioratissima comparve nel 1828.

Creuzer, *Abriss der Rœm. Antiquitatien*, o *Compendio delle antichità romane*, Leipzig e Darmstadt, 1824; 2. edizione. 1830.

---

(1) Di quest' opera non è fatta menzione dall' autore perchè è posteriore alla 10. edizione di questa *Introduzione*, pubblicata nel 1833. Warnkœnig, ha pubblicato in fine della sua storia, le tavole sinottiche d' Haubold.

3. *Storia esterna e interna del diritto.*

J. Vinc. Gravina, *Originum juris civilis libri III.* Il primo libro comparve da prima a Napoli, nel 1701, e a Leipzig, nel 1704. L'opera completa, fu per la prima volta pubblicata a Leipzig, nel 1708. Aumentata in seguito e arricchita di una dissertazione *De Romano Imperio.* Neap. 1713, fu sovente ristampata, e in ultimo da Gottfr. Mascow. Lips 1737, e da Jo. Ant. Sergius. Neap. 1756, 1758.

J. Fréd. Reitemeier, *Encyclopædie und Geschihte der Rechte in Deusschland,* o *Enciclopedia e Storia dei diritti in Alemagna.* Gœt. 1785.

Ed. Gibbon, *History of the decline and fall of the roman Empire.* Chap. 44.

Gust. Hugo, *Lehrb. der Geschichte des Rœm. Rechts bis auf Justinian,* o *Manuale della Storia del diritto romano fino a Giustiniano.* Berlino, nel 1790, 1799, 1806, 1810, 1815, 1818, 1820, 1822, 1824, 1826, e in fine 1832. Una traduzione francese di quest'opera comparve sotto il titolo: *Istoria del diritto romano per Gust. Hugo.* Tradotta dall'alemanno sulla 7. edizione, da Jourdan D. M. P. (doctor medicinæ parisiensis), rivista da F. Poncelet, dottore in diritto professore supplente alla cattedra d'Istoria di diritto nella facoltà di Parigi (V. per questa traduzione Hugo, nella *Gœtt. Gel. Anz.* o *Giornale scientifico di Gœttingua*, 1822, n. 78). Il primordio d'una traduzione latina è comparso in Amsterdam, presso den Hengst, riveduta e arricchita di note per L. A. Warnkœnig. V. su ciò, *Thèmis*, t. VII, p. 352.

Fred. A. Schilling, *Bemer kungen über Rœmische Rechtsgeschichte*, o *Osservazioni sulla storia del diritto romano.* Quest'opera è una critica di quella d'Hugo Leipsig, 1829.

Gottl. Hufeland, *Lehrbuch der Geschichte und Encyclopædie aller in Deutschland geltenden positiven Rechte,* o *Manuale dell'Istoria dell'Enciclopedia di tutti i diritti positivi in vigore in Alemagna.* La prima parte contiene l'introduzione e l'istoria del diritto romano. Jena, 1796, (incompleta).

Chr. Aug. Günther, *Historia juris romani.* Helmstad. 1798.

Albr. Hummel, *Handbuch der Rechtsgeschichte,* o *Manuale dell'Istoria del diritto.* 3 vol. Giessen, 1805, 1806.

Dupin, *Ragguaglio storico del diritto romano dopo Romolo.* Parigi, 1821.

Albr. Schweppe, *Rœmische Rechtsgeschichte und Rechtsalterhümer mit erster vollstændiger Rücksicht auf Gajus,* o *Storia e antichità romane,* in relazione con Gajo. 1. ed. Gœtt. 1822, 2. ed. 1826; 3. ed. 1832.

Sigm. Guil. Zimmer, *Geschichte des Rœmischen Privatrechts bis Justinian*, o *Storia del diritto civile romano fino a Giustiniano.*

Cl. A. C. Klenze, *Grundriss su Vorlezungen über die Geschichte, des Rœmischen Rechts,* o *Diario per servire alle lezioni di diritto romano.* Berlino, 1827.

H. R. Stœckhardt, *Tafeln der Geschichte des Rœm. Rechts*, o *Tavole dell'istoria del diritto romano.* Leipzig, 1828, in fogl.

Adr. C. Holtius, *Historiæ juris romani lineamenta.* Leodii, 1830.

B. Jennasch, *Tabellarische Uebersicht der Rœm. Rechtsgeschichte,* o *Rivista di diritto romano in forma di tavole.* Leipzig, 1831.

Walter, *Rœmische Rechtsgeschichte bis Justinian,* o *Storia del diritto romano fino a Giustiniano.* 1. Libro. Bonn. 1832.

C. *Istoria del diritto romano al medio evo.*

Chr. Gottl. Haubold. *Institutiones juris romani literariæ.* Tom. I, Lips. 1809.

Gust. Hugo, *Lehrbuch der civilistischen literaer Geschichte,* o *Manuale*

della Storia letteraria civile. Berlino, 1812. La seconda edizione fu pubblicata col titolo: *Lehrbuch der Geschichte des Rœm. Rechts seit Justinian,* o *Manuale d'Istoria Romana dopo Giustiniano.* Berlino, 1818; terza ed. 1839.

Fred. Ch. de Savigny, *Geschichte des Rœm. Rechts im Mittelalter*, o *Storia del diritto romano nel medio evo.* 6 vol. Heidelberg, 1815, 1816, 1826, 1829, 1831. M. Genoux, a Parigi, ha con successo pubblicato la traduzione francese dei due primi volumi. È comparso anco il principio d' una traduzione inglese intitolata. *The hystory of the Roman law duringth e middle ages.* Translated from the original german of Carl von Savigny, by E. Catheart, vol. I, Edimburgh, 1829.

E. Lerminier, *Introduzione generale all' Istoria del diritto.* Parigi, 1829.

D. *Collezioni di dissertazioni d'antichità e d' Istoria del diritto.*

1. *Del medesimo autore.*

B. Brissonius, *Selectarum ex jure civili Antiquitatum libri IV*, Lugduni, 1558. Antw. 1585. Sovente ristampato, specialmente: *cum accessionibus posthumis in Brissonii oper. var.* Parigi, 1806, *et cura annotat.* Alb. D. Trekelli. Lips. 1741.

Phil. Rich. Schrœder, *Origines præcipuarum jur. civ. materiarum.* Regiom. 1723.

Franc. Car. Conradus, *Parerga in quibus antiquitates et historia juris illustrantur.* Helmstad. 1740.

Jos. Tosc. Mordatoritius, *Juris publici romani arcana sive de causis romani juris.* 4. t. in 6 vol. Neap. 1767-82.

2. *D' autori differenti.*

Jo. Ge. Grævius, *Thesaurus antiquitatum romanarum.* T. 1-12, Traj. ad Rhen. 1794-99, in fogl.

Alb. Henr. de Sallengre, *Novus thesaurus antiquitat. rom.* t. 1-3, Hag. Com. 1716-19, in fogl.

Jo. Polenus, *Utriusque thesauri antiquitatum romanarum græcarumque nova supplementa.* Vol. 1-5. Venet. 1737, in fogl.

Jurisprudentia romana et attica. Ed. Jo. Van der Linden, t, I, II (diritto romano) cum præf. Jo.-Gottl. Heineccii; t. III (diritto attico), cum præf. Petr. Wesselingii. Lugd.-Bat. 1738-1741, in fogl.

Dan. Fellenberg, *Jurisprudentia antiqua*, t. I, II. Bern. 1760, 1761; intitolata in appresso: *Philosofia juris antiqui.* Fref. et Lips. 1776.

Gust. Hugo, *Civilistiches Magazin*, o *Magazzino civile*, t. I. Berlino, 1790, e anni seguenti; nel 1832, comparve il 3. Fascicolo del 6. vol.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, o *Giornale per la giurisprudenza istorica*, pubblicato da von Savigny, Eichhorn et Gœschen. Questa pubblicazione continua. Nel 1832, comparve il 1. Fascicolo dell'8. volume, e nel 1840 il fascicolo del 10.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und Philosofie, o *Museo renano per la Giurisprudenza, Filologia, Storia e Filosofia*, pubblicato dall'Hasse, Bœckh, Niebuhr e Brandis. Anno I., Bonn, 1827. MM. Blume, Hasse, Puchta e Puggè, pubblicarono in seguito separatamente la parte giurisprudenziale. L'anno 4 fu pubblicato nel 1830, al presente, questa raccolta s' intitola: *Neues rheinisches Museum, für Jurisprudenz*, o *Nuovo Museo renano per la Giurisprudenza*, continuato da Blume, Bœcking, Hollweg, Puchta, Puggè e Unterholzner. Gœt 1832.

VI. OPERE DOMMATICHE.

A. *Manuali.* — 1. *Sull' Istitute.*

a. *Secondo l'ordine legale.*

Jo. Fred. Bœcklmann, *Compendium Institutionum sive elementa juris ci-*

vilis. Lugd.-Bat. 1679; cum Præf. Heineccii. Amstel. 1727. Ibid. 1763.

Jo. Ortw. Westenberg, *Principia juris secundum ordinem Institutionum Justiniani*. Amstel. 1699. Spesso ristampata e in ultimo: Lugd.-Bat. 1766. (In *opp*. Hanoveræ et Luneb. 1746, t. I, pag. 1.)

Jo. Gottl. Heineccius, *Elementa juris civilis sec. ord. Institutionum*. Amstelodami, 1725. Lugd.-Bat. 1751; cum observ. J. G. Estoris, 1727, 1744. Questo trattato divenne in appresso, oggetto di fatiche d'altri Giureconsulti, specialmente di J. F. Hœpfner, Gœtt. 1778, 1782, 1787, 1796, 1806. J. Chr. Woltær, Halle, 1785. Chr. Gottl. Biener, Leipz. 1789, 1813. J. P. Waldeck, Gœtt. 1788, 1794, 1800, 1806.

G. D. Arnold, *Elementa juris civilis Justinianei cum Codice Napoleoneo juxta ordinem Institutionum collati*. Parisiis et Argentorati, 1812, Quest'opera perciò che riguarda il diritto romano, non è che un lavoro sopra Eineccio.

E. S. Delvincourt, *Juris romani elementa sec. ord. Institutionum*, Parigi, 1814, ediz. 4. 1823.

Th. M. Zachariæ, *Institutionem des Rœm. Rechts nach der Ordnung des Justin. Institutionen*, o *Istitute di diritto romano secondo l' ordine di Giustiniano*. Breslau, 1816.

b. *Secondo un ordine sistematico*.

Ge. Ad. Struvius, *Jurispr. roman-germanica*. Jenæ, 1670. Ristampato spesso, e per ultimo con osservazioni, da Schaumburg e Luder. Mencken Francof. ad M. 1760, e cura Jo. Gottl. Heineccii. Bamb. 1767.

Car. Chr. Hofacker, *Institutiones juris romani meth. system. adornatæ*. Gœtt. 1773, non che i suoi *Elementa jur. rom*. Ibid. 1784.

Gust. Hugo, *Institutionen des heutigen Rœm. Rechts*, o *Istitute di diritto romano moderno*. Gœtt. 1789, 1799, 1803, 1816, 1820, 1826.

Theod. Schmalz, *Handbuch des Rœm. Privatrechts*, o *Manuale di diritto civile romano*, ridotto a lezioni sulle Istitute di Giustiniano. Kœnisberg, 1793.

C. G. Konopak, *Institutionen des Rœm. Rechts*, o *Istitute di diritto romano*, Halle, 1807; ed. 2. 1815.

Henr. Rud. Brinckmann, *Institutiones juris romani*. Gœttingæ, 1818; ed. seconda, Slesvici, 1822.

L. A. Warnkœnig, *Institutiones s. Elementa juris romani*. Leodii, et Lips. 1819, ed. seconda, 1825 (1).

Wencesl. Alex. Macieiowski, *Principia juris romani*. Varsaviæ, 1820.

C. F. Rosschirt, *Grundlinien des Rœm. Rechts*, o *Principii fondamentali del diritto romano*. Heidelberg, 1824.

Ge. Fred. Puchta, *Lehrbuch fürs Institutionen-Vorlesungen*, o *Manuale d'un corso d'Istitute*. Munich, 1829.

Joh. Jac. Lang, *Lehrbuch des Justinianeischen Rœm. Rechts* o *Manuale di diritto romano di Giustiniano*. Mayence, 1830.

H. Blondeau, *Chrestomathie* o *Scelta di testi per un corso elementare di diritto privato dei Romani*. Parigi, 1830.

Le opere seguenti contengono piani di corsi d'Istitute:

Chr. Gottl. Haubold, *Institutionum juris romani historico-dogmaticarum lineamenta observationibus maxime literariis distincta*. Lips. 1814. Del medesimo: *Institutionum juris romani histor. dogmat. denuo recognitar epitome novæ editionis prodromus*. Lips. 1821. C. Ed. Otto ha pubblicato, nel 1816, dopo la morte dell'autore, una seconda edizione dei *Lineamenta*.

Ge. Chr. Buchardi, *Entwurf eines systems des Rœm. Instin. Rechts zum Behuf von Institutionen-Vorlesungen*, o *Piano d'un sistema di diritto ro-*

(1) Una terza edizione delle *Istitute* del Sig. Warnkœnig è comparsa nel 1834. Bonn, sumptibus A. Marcus.

mano di Giustiniano per servire alle lezioni delle Istitute. Bonn, 1818.

L. Pernice, *Geschihte, Alterthümer und Institutionen des Rœm. Rechts*, o *Storia, Antichità e Istituzioni di diritto romano.* Halle, 1821; seconda edizione rivista e ampliata d'una crestomazia di passi ec. ibid. 1824.

W. M. Rossberger, *Historisch dogmatische Darstellung der Rœmisch Rechts Institutionen*, o *Esposizione istorico dommatica delle Istitute del diritto romano.* Berlino, 1828.

M. S. Mayer, *Das Rœm. Privatrecht nach seinen allg. Grundsœtzen, dergestellt under lœutert an der Hand der Geschicte und Alterthümer, im Grundrisse*, o *Il Diritto civile romano, secondo i principj generali, esposto e spiegato coll'ajuto della storia e delle antichità.* Stuttgardt, 1831.

Ed. Bœcking. *Grundriss. zu Institutionen, Vorlesungen*, o *Piano di un corso d'Istitute.* Bonn, 1832.

Ge. Chr. Burchardi, *Geschicte und Institutionen des Rœm. Rechts*, o *Storia e Istitute del diritto romano.* Kiel e Altona, 1834.

Fr. Ad. Schilling, *Lehrbuch für Institutionen Geschichte des Rœm. Privatrechts*, o *Manuale d'Istitute, e d'Istoria del diritto romano.* Libr. I. Leipzig, 1834.

2. *Sulle Pandette.*

a. *Secondo l'ordine legale.*

Just. Henn. Bœhemer, *Introductio in jus Digestorum.* Halæ, 1704; ed. noviss. (14), ibid. 1791.

G. Beyer *Delineatio juris civilis secundum Pandectas.* Lips. 1804, 1711, 1718; ed. noviss. ibid. 1738.

Jo. Ortw. Westenberg, *Principia juris secundum ord. Digestorum.* Harderov. 1712. Lugd.-Bat. 1732; ibid. 1745; ibid. 1764. In *Opp.* t. II. In ultimo, a Berl. 1814. e 1823, 2. t. in 8.

Jo. Gottl. Heineccius, *Elementa juris civilis secundum ord. Pandectarum.* Amstel. 1728; ibid. 1731. Argentor. 1734. Amstel. 1740. Traj. ad Rhen. 1772. Cura Chr. Gottl. Richten., Lips. 1797.

J. Aug. Hellfeld, *Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem.* Jenæ, 1764, 1766, 1771, 1775, 1779; cura Gottl. E. Oelze, ibid. 1787, 1792, 1797; cura Chr. Gottl. Kœchy, ibid. 1801, e per ultimo: cura Lud. Car. ab Hellfeld. Jenæ, 1806.

Jul. Fred. Malblanc, *Principia juris romani sec. prod. Digestorum.* P. I. Tubing. 1801. P. II, sez. 1, 2. Tubing. 1802.

M. Wesenbeck, *Paratitla in Pandectas.* Basil. 1565, in fogl. In appresso sotto il titolo: *Commentarius in Pandectas.* Cura Detr. Brederodii, ib. 1589, ed Erford, 1616, in fogl. e specialmente: cum notis Bachov. Echtii et Arn. Vinnii. Lugd.-Bat. 1649. Quest'opera fu spesso pubblicata ancora con note d'altri autori.

J. Vœt, *Compendium justa seriem Pandectarum.* Lugd.-Bat. 1682; e in ultimo 1737 e Colon. 1734.

b. *Secondo l'ordine sistematico.*

Chr. Dabelow, *System des heutigen civilrechts*, o *Sistema di diritto civile moderno*, 2 parti. Halle, 1794; 2. Edizione 1796, 3. ed. intitolata: *Handbuch des heutigen gemeinen Rœmisch-Deutschen Privatrechts*, o *Manuale di diritto civile romano-germanico moderno.* Halle, 1803.

Ant. Fred. Just. Thibaut, *System des Pandektenrechts*, o *Sistema delle Pandette.* Jena 1803, 2. parti. La 7. ed. comparve nel 1828.

J. Th. Zauner, *Introductio in Jus Digestorum ordine naturali dispos.* P. I. Salisb. 1805. P. II, 1806. P. III, 1810.

Chr. Aug. Günther, *principia juris romani privati novissimi.* T. I, 1803. T. II, ibid. 1809.

Henri G. Wittich, *Einfaches system des heutigen civilrechts*, o *sistema del diritto civile moderno*, vol. 3. Francf. sur M. 1803.

Jo. Chr. F. Meister, *Jus romanum idque purum*, vol. I. Züllich, 1813 (incompleto).

Gottl. Hufeland, *Manuale di diritto civile in Alemagna*. P. I. Giessen, 1808. P. II, ibid. 1814.

C. Fr. F. Bucher. *System der Pandecten*, o *Sistema delle Pandette*. Marb. 1808, 2. ed. Halle, 1811; 3. ediz. ibid. 1822.

C. de Weyhe, *Wissentschaftliche Bearbeitung des allgemeinen deutschen Privatrechts*, o *Trattato scentifico del diritto civile Alemanno*. Gœtt. 1815. Quest'opera non contiene che le materie generali del dritto privato.

G. Hoffman, *Anfangsgründe des Rœmischen Privatrechts*, o *Principj di diritto romano*, vol. 4. Vienna e Trieste, 1814-1816.

Albr. Schwepp, *Das Rœmische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*, o *Il diritto civile romano nella sua presente applicazione*. Quest'opera conta un gran numero d'edizioni dal 1804 al 1832.

J. N. von Weining-Ingenheim, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, o *Manuale di diritto civile comune*, vol. 2, Munich, 1822; 2. ed. 1823; 3. 1827; 4. 1832, in 3 volumi.

J. Ad. Seuffert, *Manuale di diritto delle Pandette*, vol. 3. Würtzbourg, 1825.

Chr. Fred. Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, vol. 3. Halæ, 1823-25, ed. seconda, ibid. 1827, ed. terza, ibid. 1830-31. Ne fu pubblicata nel 1834 una 4. edizione in alemanno.

L. A. Warnkœnig, *Commentarii juris romani privati*. Tom. 3. Leodii, 1823-29.

C. J. Meno-Valett, *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, o *Manuale di diritto pratico delle Pandette*. Vol. 3. Gœtt. 1828-29.

A. Haimberger, *Jus romanum privatum idque parum*, Vol. 4. Leopoli, 1830.

Le opere seguenti non contengono che dei piani per formare dei corsi di Pandette.

Arn. Heise, *Grundriss eines systems des gemeinen civilrechts*, o *Piano di un sistema di diritto civile comune*. Heidelb. 1807, 1816, 1819, 1825.

Fred. Bergmann, *Abriss eines systems der Pandekten*, o *abbozzo di un sistema di Pandette*. Gœtt. 1810.

K. A. D. Unterholzner, *Entwurf zu einen Lehrgebæude des bei den Rœmern geltenden bürgerlichen Rechts*, o *Progetto di un trattato di diritto romano presentemente in vigore in Alegna*. Breslau, 1817.

Chr. Gottl. Haubold, *Doctrinæ Pandectarum lineamenta*. Lips. 1820.

G. Chr. Burchardi, *System des Rœm. Rechts in Grundriss*, o *Sistema di diritto romano*; Bonn, 1823.

W. M. Roosberger, *System des Gemeinen Civilrechts*, o *Sistema di diritto civile comune*. Berlino, 1826.

Ed. Gans, *System des Rœm. Civilrechts*, o *Sistema di diritto civile romano*. Berlino, 1827.

F. Blume, *Grundriss des Pandektenrechts*, o *Piano delle Pandette*. Halle, 1829.

A. K. von. Hartitzsch *Das Rœm. Privatrecht in ausführlicher tabellarischer Darstellung*, o *Il diritto civile romano esposto per tavole*. Leipzig, 1831.

J. F. L. Gœschen, *Grundriss zu Pandekten-Vorlesungen*, o *Piano di un corso di Pandette* (eccettuate le successioni). Bonn, 1831.

G. Fr. Puchta, *System des gemeinen Civilrechts*, o *Sistema di diritto civile comune*. Munich. 1832.

B. *Trattati e Commentarj.*
1. *Sulle Istitute.*

Theophilus, *Paraphrasis græca Institutionum*. Ed. J. C. Reitz. Hag. Com. 1751. Tom. 2.

Ulr. Huberus, *Prælectiones juris civilis secund. Institutiones*. Francf. 1686, 1699; ex ed. Chr. Thomasii, Lips. 1708; cum notis Luderi Menckenii, Lips. 1725.

Jo. Gottl. Heineccius, *Recitationes in elementa juris civilis, sec. ord. Institutionum*. Vratislav. 1763, 1778. Spesso ristampata e pubblicata per l'ultima volta da P. de Ryckere. Gand, 1818.

L. G. Fred. Hœpfner, *Theoretisch-praktischer commentar über die hieneccischen Institutionen*, o *Commentario teorico e pratico sulle Istitute d'Eineccio*. L'8 edizione fu pubblicata nel 1813.

M. A. Du Caurroy de la Croix, *Istitute di Giustiniano nuovamente spiegate*. Vol. 3. Parigi, 1822-35, 3. ed. Parigi, 1829 (1).

2. *Sulle Pandette.*

a. *Secondo il loro ordine legale.*

Matthæus, Wesenbecius, *Paratitla in Pandectas*. Basil. 1565, in fogl. In appresso sotto il titolo: *Commentarius in Pandectas*, cura Petr. Brederodii, ibid. 1589, in fogl. e specialmente: cum notis Bachovii Echtii ed Arnold. Vinnii. Lugd.-Bat. 1649.

Just. Mejer, *Collegium argentoratense;* Argentor. 1616, 1617; cum notis Jo. Ott. Taboris, Studio Jo. Bechtoldi, t. I-III. Argentor. 1657.

Ulr. Huberus, *Prælectiones juris civilis secundum Pandectas*. Franeq. 1686, 1699, ex ed. Chr. Thomasii, Lips. 1725, et ex rec. A. J. Rivini, ibid. 1733. Ex noviss. Francof. et Lips. 1749.

Ge. Ad. Struvius, *Syntagma juris civilis*, cum addit. Petr. Mülleri, vol. 3. Francof. e Lips. 1692. Spesso ristampata; l'ultima volta, nel 1742.

Wolfg. Ad. Lauterbach, *Collegium theoretico-praticum ad Pandectas*, t. I-III. Tubing. 1690.

Jo. Vœt, *Commentarius ad Pandectas* t. I. Lugd.-Bat. 1697, in fogl., t. II, Hagæ comit. 1704, in fogl. ibid. 1707, 1716, 1723, 1731, 1734, e più ancora. Per ultimo: Halæ, 1776-1780 in 6 vol.

Ger. Noodt, *Commentarius in Pandectarum* lib. I-IV. Lugd.-Bat. 1716; in lib. V-XXVII, in *opp.* t. II. Lugd.-Bat. 1724.

Ch. Fred. Glück, *Ausführliche Erlæuterung der Pandekten nach Hellfeld*, o *Spiegazione ragionata delle Pandette*, secondo Hellfeld; 34 parti che vanno fino al libro XXVIII, tit. I. Erlangen, 1790-1830. In queste 34 parti di commentarj, ve ne sono tre di tavole. Ibid. 1822, 1823, 1832. Continuata dopo la morte dell'autore da Mühlenbrcuh. Parti 35, Ibid. 1832.

b. *Secondo un ordine sistematico.*

Franc. Connanus, *Commentarorium juris civilis*, lib. X, t. I-II. Parigi, 1553 in fogl. ed. noviss. Neapoli 1724.

Aug. Donellus, *Commentariorum juris civilis libri XXIII*, t. I-VI. Francof. 1589-1597. Hannov. 1612. Francof. 1626, in fogl. ed. noviss. cura Jo. Chph. Kœniget Car. Bucheri, Norimberg. 1801-1830; son pubblicati 13 vol.

Jo. Domat, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*. Parigi, 1689, 1695, 1713, 1723, 1745, 1756, 1767, 1777, tom. 2 in fogl.

Car. Hofacker, *Principia juris civilis romano-germanici*, t. I-III.

c. *Monografia.*

Gli scritti non concernenti che parti separate del diritto romano sono sempre indicati nelle materie colle quali hanno rapporto.

d. *Questioni.*

Ant. Merenda. *Controversiarum juris civilis* XXIV. Ticini, 1624-1647, t. IV, in fogl. Venet. 1710, Bruxelles, 1743.

Sam. de Coccejus, *Jus civile controversum*. Francof. ad Viadr. 1729. Ed. nov. cum præf. C. F. Walch, et cum notis, J. E. B. Emminghaus. Lips. 1791-1798. Tom. 2.

Car. Frid. Walch. *Introductio in*

(1) Ristampate a Bruxelles, libreria di Giurisprudenza di H. Tarlier, 1832, un grosso volume.

controversias juris civilis. Jenæ, 1771; ibid. 1776; ibid. 1791, ed. quarta cur. E. C. Schmit, t. I, fasc. 1 e 2; ibid. 1810.

e. *Scritti sul presente uso del diritto romano e sua applicazione e casi particolari.*

Jo. Schilterus, *Exercitationes ad quinquaginta libros Digestorum*. Jenæ, 1675-1680. In appresso sotto il titolo: *Praxis juris romani in foro germanico*. Jenæ, 1698. Lipsiæ, 1713. Francof. 1733, in fogl.

Jo. Henr. de Berger, *OEconomia juris ad usum hodiernum accomodati*. Lips. 1712. Ed. sexta cura Jo. Aug. Bachii, ibid. 1755. Ed. 7 cura Car. G. Fr. de Winkler, ibid. 1771. Ed. 8. cura Chr. Gottl. Haubold, t. I, ibid. 1801. Fin qui è stato pubblicato solamente il I. volume di quest'ultima edizione.

Sam. Strykius, *Usus modernus Pandectarum*, tom. I-IV, ed. quinta Halæ, 1717.

Just. Henn. Bœhmer, *Exercitationes ad Pandectas*, cura Ge. Lud. Bœhmeri, t. I-VI Hannov. e Gœtt. 1745-1764.

Dav. Mevius, *Decisiones Wismariensis tribunalis*. P. I-IX. Stralsund, 1664-75, et sæpius, cum præf. J. H. Bœhmeri, Francof. 1740, in fogl. ed. noviss. cura Lud. Fr. Hapfneri, t. I, II. Francof. ad M. 1791-94, in fogl.

Augustinus a Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, vol. I-IX. Lips. e Guelpherb. 1717, e seg.

Jo. Ern. Just. Müller, *Observationes practicæ ad Lyseri meditationum opus*. Tom. I-VI. Lips. 1786-93.

Jo. Balth. a Wernher. *Selectæ observat. forenses*. P. I-IX, cum suppl. Viteb. 1710-1722; t. I-III, Jenæ et Lips. 1756, fogl.

Frid. Es. a Pufendorf, *Observat. jur. universi*, t. I-IV. Cellis et Hannov. 1744, 1770; ibid. 1780-84. Ejusdem, *Animadversiones juris*, t. I. Hannov. 1783.

C. F. Hommelius, *Rapsodia quæstionum in foro obvenientum*. Lips. 1765-66. Ed. noviss. cura Car. Gottl. Rœssig, t. I-VII. Byruthi, 1781-87.

Jo. Ad. Gottl. Kind, *Quæstiones forenses*, t. I-IV. Lips. 1792-1802. Ed. secunda aucta et emendata, ibid. 1807.

J. B. Geiger et Ch. Fr. Glück, *Merkwürdige Rechtsfælle*, o *Questioni rimarchevoli di diritto*, vol. 3. Erlangen, 1792, 1794, 1806.

Von Bulow, et Hagemann, *Pratk. Erœrterungen*, o *Decisioni pratiche*, Parti I-IV. Hannov. 1798-1804. Continuata da Hagemann, p. 5-7, ibid. 1809. In seguito da E. Spangenberg, pag. 8. Sect. 1, 2, ibid. 1829.

Chr. A. Gunther, *Rechtl. Bemerkungen* o *Osservazioni di diritto*. P. I. Helmestadt, 1802.

B. W. Pfeiffer, *Prakt. Ausführungen aus alten Theilen der Rechtswissenschaft*, o *Spiegazioni pratiche di tutte le parti della Giurisprudenza*, t. I. Hannov. 1825; t. II, ibid. 1828; t. III, ibid. 1831.

C. A. Gottschalk, *Selecta disceptat. forens. capita; additæ sunt decisiones sax. supremi provoc. tribunalis*, tom. 3. Dresdæ, 1816, 1819, 1825. Ed. secunda, ibid. 1826-30.

Fr. Alb. Langenn et Aug. Siegm. Kori, *Erœrtrungen aus dem gemeinen und sæch. Rechte*, o *Decisioni di diritto comune e Sassone*. P. I. Dresda e Leipzig, 1829, 1831.

Arn. Heise et. E. Cropp. *Juristische Abhandlungen*, o *Dissertazioni di diritto*, tom. I, Hambourg, 1827; t. II, ibid. 1830.

P. L. Kritz, *Sammlung von Rechtsfœllen und Entscheidungen derselben*, o *Collezione di questioni di diritto e decisioni*. T. I, Leipzig, 1835.

f. *Collezioni di Dissertazioni su parti speciali di diritto civile romano e alemanno.*

1. *Del medesimo autore.*

Ant. Faber, *De erroribus pragmaticorum et interpretum juris Chilias*,

P. I, e II, Lugd. 1598-1604; P. III, Colon. Allobr. 1609; P. IV, Lugd. 1815; ediz. noviss. Lugd. 1652. tom. II.

Arn. Vinnius, *Selectæ questiones juris civilis.* Lugd. 1653, e spesso, ibid. ed. noviss. Traj. ad Rhen. 1722.

Aug. Menagius, *Amœnitates juris civilis.* Parigi 1664; Augm. 1677.

Ulr. Huber, *Digressiones justinaneæ.* Ed. III. ex recens. Zach. Huberi. Francq. 1696.

Wolfg. Ad. Lauterbach, *Dissertat. academicæ*, t. I-IV, Tübing. 1728.

Jo. Nic. Hert, *Opuscula*, ed Jo. Jac. Hombergk, vol. 2. Francof. ad M. 1737.

Henr. de Coccejus, *Exercitationes curiosæ*, vol. 2. Lemgov, 1722.

Jo. Pet. de Ludewig, *Opuscula miscella.* T. I, II, Halæ, 1720, fogl.

Greg. Majansius, *Disputationes juris.* T. I, II. Lugd.-Bat. 1752.

Ant. Schulting, *Commentationes academicæ.* Ed. Jo. Ludov. Uhlius, vol. I-IV. Halæ, 1770-74.

Franc. Car. Conradus, *Scripta minora cum præf. et singular commentat. epicrisi*, ed. Lud. Pernice. Vol. I, Halæ, 1823.

Jo. Lud. Conradus, *Varia ex jure civili.* Marb. 1764. Ejusdem, *Opuscula e jure civili.* Vol. I, Bremæ, 1777; II vol. ibid. 1778.

Go. Gottfr. Bauer, *Opuscula academica.* T. I, II, Lips. 1787.

Ch. Frid. Ge. Meister, *Opuscula selecta.* Gœtt. 1766-1775.

Ge. Lud. Bœhemer, *Electa juris civilis.* T. I-III. Gœtt. 1769-1778.

Jo. Lud. Ern. Püttmann, *Adversaria juris.* Lib. I-III. Lips. 1775-1788.

Chr. Frid. Glück, *Opuscula juridica.* T. I-IV. Erland. 1785-90.

C. H. G. Hoœhy, *Meditationen über Gegenstœnde der heutigen Civilrechtsgelahrtheit*, o *Meditazioni sovra materie della scienza del diritto civile moderno.* Leipsig. 1795.

G. Chr. Guistorp, *Beitr. zur Erlœut. versch. Rechtsmaterien*, o *Esami di diverse materie di diritto.* Rostok, 1787.

Il medesimo, *Rechtl. Bemerkungen*, o *Osservazioni di diritto.* Leipzig, 1793.

Ad. Diet. Weber, *Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung*, o *Saggi sul diritto civile e sua applicazione.* Schwerin et Wismar, 1801.

Ant. Fred. Just. Thibaut, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, o *Saggi su diverse parti della Teoria del diritto.* 2. parti. Jena, 1798-1801. 2. ed. ibid. 1817. - Il medesimo, *Dissertazioni civili.* Heidelb. 1814.

P. J. A. Feuerbach, *Civilist. Versuche*, o *Saggi civili*, Giessen, 1803.

B. W. Pfeiffer, *Vermischte Aufsœtze über Gegenstœnde des deutschen und rœmischen Privatrechts*, o *Dissertazioni sopra materie di diritto civile alemanno e romano.* Marbourg, 1803.

Fr. Schœman, *Handbuch des Civilrechts, in einzelnen abhandlungen*, o *Manuale di diritto civile in separate dissertazioni.* Parti 2. Giessen, 1806.

Ed. Schrader, *Abh. aus dem Civilrechts*, o *Dissertazioni di diritto civile.* Hanov., 1808. Il medesimo, *Civilist. Abhandl.* o *Diss. Civili.* Weimar, 1816.

Gottl. Haufeland, *Ueber den eigenthümlichen Geist des rœmischen Rechts*, o *sul vero spirito del diritto romano*; una serie di Dissert. parti 2. Giessen, 1815-1817.

Chrph. Chr. Dabelow, *Handbuch des Pandehtenrechts*, o *Manuale delle Pandette*, in una rivista critica dei suoi rami principali. Halle, 1816-1818, parti 3.

C. A. D. Unterholzner, *Jurist. Abhandlungen*, o *Diss. di diritto.* Munich, 1810.

G. Ph. von Bulow, *Abhandlungen über einzelene materien des Rœmischen bürgerlichen Rechts*, o *Diss. su materie isolate di diritto civile romano.* 2. Parti. Brunswick, 1818.

E. Kæmmerer, *Beitrœge zur Geschichte und Theorie des Rœm. Rechts*, o *Trattati per servire all' Istoria e alla Teorica del diritto romano.* T. I. Rostock e Schwerin, 1817.

Albr. Schweppe, *Jurist. Magazin*, o *Magazzino giuridico*. Fascicolo I. Altona, 1818.

T. C. Gesterding, *Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten*, o *Errori antichi e nuovi dei Giureconsulti*. Greifscrwald, 1818.

C. F. Reinhardt, *Vermischte Aufsætze aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswissenschaft*, o *Dissertazioni miscellanee del dominio della giurisprudenza pratica*. Cah. 1–3. Stuttgardt, 1822, 1827.

Jo. Ad. Seuffert, *Erœrterungen einzelner Lehren des rœm. Privatrechts*, o *Spiegazioni su certe materie di diritto romano civile*. Parti, 2. Würtzbourg, 1820-21.

H. E. Dirksen, *Civilistische abhandlungen*, o *Disser tazioni civili*. Berlino, 1820, vol. 2. Il medesimo, *Beitrœge zur Kunde des Rœm. Rechts*, o *Trattati per servire alle ricerche sul diritto romano*. Lieipzg, 1825.

L. J. Neustetel et S. Zimmern, *Rœmischrechtliche Untersuchungen* o *Ricerche sul romano diritto*. T. I. Heidelberg, 1821.

Ge. Fr. Puchta; *Civilische abhandlungen*, o *Dissertazioni civili*. Liepzig. e Berlino, 1823.

P. L. Kritz, *Ahandlungen ueber ausgewœhlte materiæ des civilrechts*, o *Diss. sopra materie scelte di diritto civile*. Liepzig, 1824.

G. I. Meno. Valett. *Abhandlungen aus dem Gebiete des Rœm. Privatrechts*, o *Diss. sul dominio del diritto civile romano*. T. I. Gœtt. 1824.

Ch. Gottl. Haubold, *Opuscula academica*. Vol. I. ed. C. F. Wenck. Lips. 1825; vol. II. ed. Frid. Stieber, Lips. 1829.

Chr. G. Biener, *Opuscula academica*, edid. et præfatus est Frid. A. Biener. vol. II. Lips. 1830.

W. Francke, C. A. Weiske, C. J. Guyet, Ph. E. Huschke hanno scritto delle Dissertazioni.

2. *D' Autori differenti.*

Tractatus universi juris, duce et auspice Gregorio XIII, in unum congesti. (Tractatus tractati). Venetiis, 1834. 18 t. in fogl. et 4 t. indices.

Ever Otto, *Thesaurus juris romani*. Lugd.-Bat. et Traj. ad Rh. 1725. 4 vol. fol. Traj. ad Rhen. 1733–1735. Basil. 1744. 5 vol. fol.

Ger. Meerman, *Novus thesaurus juris civilis et canonici*. Hagæ comit. 1751-1753, VII t. in fol. Supplementum post patris obitum ed. Jo. L. B. de Meerman. Hagæ. com. 1780, fogl.

Gr. Oelrichs, *Thesaurus diss. jurid. in acad. Belg. habit* Lips. 1769, 1770, 2. *Thesaurus novus*. Bremæ, 1771–1782, vol. 3.

Theod. Hagemann, et Christ. Aug. Gunther, *Archiv. für theoretische und praktische Rechtsgelehrsamheit*, o *Archivj per la giurisprudenza teorica e pratica*. Vol. 6. Brunswich, 1788–1792.

Bisogna ricordare qui più opere nominate di sopra: Il *Magazzino civile* d' Hugo, il *Giornale per la Giurisprudenza storica*, e il *Museo renano*, ec. Più, i Giornali periodici seguenti:

Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung, o *Magazzino per la Filosofia e Istoria del diritto e della legislazione*, per Grolman, T. I, Giessen e Darmstad, 1801; t. II, 1807; t. I. Sotto questo titolo: *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, o *Magazzino per la Giurisprudenza e Legislazione*, pubblicata da Grolman, e Lœhr. Giessen, 1829.

Archiv. für. civilistische Praxis, o *Archivii per la pratica civile*, per Gensler Mittermajer e Schweitzer. Dopo il 5. volume quest' opera fu pubblicata per Lœhr, Mittermajer e Thibaut. Mühlenbruch, Linde e Wæchter vi lavorarono parimente dopo il 14. volume.

Zeitschrift für civilrecht und Process, o *Giornale di diritto civile e di Giurisprudenza*, pubblicato per Linde, Marezzoll e von Wening-Ingenheim. Ne sono stati pubblicati 5 vol. 1827, 1832, in appresso, il 5 vol., è stato pubblicato da Linde, Marezzoll e A. W. von Schrœter.

Thémis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, o *Thémis, Journal de jurisprudence pratique*, per Ch. F. Elvers. Ne sono comparsi 2 vol. Gœttingue, 1827–29.

Thémis, o *Bibliotheque du jureconsulte*, per una riunione di Magistrati, di Professori, e d'Avvocati. Tom. 1-7, Parigi 1819–25, t. 8-10, Bruxelles, 1825–31 (Interrotta dopo il 1831).

Bydragen tot regtsgeleerdheiden wetgewing, door C. A. den Tex en J. van Halle. Deel I–VI. Amsterdam, 1826–1832.

C. F. Rossbirt, *Zeitschrift für civil und criminalrecht*, o *Giornale per il diritto civile e criminale*. Cab. 1, Heidelberg, 1831; cah. 2, 1832: cah. 3, 1833. T. II, cah. 1, 1834; cab. 2, 1835, cab. 3, 1836.

ISTITUTE DI DIRITTO ROMANO

PARTE GENERALE

ISTITUTE DI DIRITTO ROMANO

PARTE GENERALE

SEZIONE PRIMA

Idee generali di diritto presso i Romani.

§. 115. I. *Del diritto e della giustizia* (jus et justitia).

Il diritto, presso i Romani, riguardato nei suoi elementi i più semplici, si basava sulla morale e sulla libera estimazione di ciò che è buono ed onorevole (1). Il carattere d'esigibilità non era in esso d'essenziale inerenza (2). « *Jus est ars boni et æqui* » dissero i Romani, e in questo senso, Ulpiano esige che i Giureconsulti, considerati come ministri della giustizia, debbano rendere gli uomini esteriormente giusti non solo, ma di più interiormente buoni (3). Presso i Romani, la *Giurisprudenza* era la cognizione delle cose divine ed umane, la scienza del giusto e dell' ingiusto (*divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*) (4), e la *giustizia* non era unicamente la legalità esteriore delle azioni, ma eziandio una conformità d'azioni esterne ai precetti del diritto; questa conformità riposava sull' impulso interno, sulla libertà della volontà (5).

§. 116. II. *Del diritto pubblico e del diritto privato* (jus pubblicum et privatum).

In rapporto all' oggetto, i Romani dividevano la Giurisprudenza :

1. In scienza di *diritto pubblico* (*jus publicum est, quod ad statum rei romanæ spectat*).
2. In scienza di *diritto privato* (*jus*

(1) V. soprattutti: Cicerone, *De off.* I, 28.

(2) Per quanto i Romani avessero conosciuto la differenza esistente fra i doveri esteriormente esigibili e non esigibili, Cicerone, *de off.* I, 3. - Seneca, *De ira*, I, 27. - Fr. 144, pr. D. L. 17: « *non omne quod licet, honestum est* ». Fr. 197, ibid. - Fr. 42, pr. D. XXIII, 2. - Fr. I, §. 5, D. L., 13, pur non ostante non facevano una differenza tanto rigorosa quanto i moderni, fra la morale e il diritto naturale, e non hanno giammai sostenuto che l' esigibilità del diritto, ne costituisse il carattere principale. Questo è il motivo, che fece loro stabilire tre precetti principali nello studio del diritto: *juris præcepta hæc sunt : honeste vivere, neminem lædere: suum cuique tribuere*; §. 3, J. I, 2. - Fr. 10, §. I, D. 1, I. - Donello, *comm. jur. civ.* II, I.

(3) Fr. I, pr. D. I, 1.

(4) §. I, J. I, 1. - Fr. 10, §. 2, D. I, 1. - Fr. 2, D. I, 3. - Const. I. §. I, C. I, 17.

(5) Pr. J. I, 1. - Fr. 10. pr. D. I, 1. « Justitia est constans et perpetua *voluntas* jus suum cuique tribuendi ». Nov. 69, præf. - Cicero. *De finib.* v. 23. — Idem *De invent.* II, 54. - Gellius, *Noct. att.* XXVII, 5. - G. Van der Felt. *Observ. quædam ad definitionem justitiæ Ulpiani in fr. 10, pr. D. de just. et jur.* Grœn. 1806.

privatum est, *quod ad singulorum utilitatem spectat)* (1).

§. 117. III. *Del diritto naturale, del diritto delle genti, e del diritto civile* (jus naturale, gentium et civile).

Il diritto privato dividevasi in diritto naturale, in diritto delle genti, e in diritto civile (*Jus naturale, gentium et civile*) (2).

1. Il *diritto naturale (jus naturale)* consisteva, secondo essi, in ogni precetto avente suo materiale principio nella natura animale dell'uomo, comune agli uomini e ai bruti animali (3).

2. Il *diritto delle genti (jus gentium)* era, secondo essi, l'insieme dei principj, basati nella natura razionale dell'uomo, generalmente per ciò riconosciuti come diritto, presso tutti i popoli civilizzati dei tempi loro (4).

3. Il *diritto civile (jus civile)* infine, era il diritto che ciascuno stato ha riconosciuto e stabilito come suo proprio, e che senza esattamente seguire i principj delle due prime specie di diritto, non se ne scosta però interamente; è questo il diritto, che giusta il dire d'Ulpiano (5), si compone aggiungendo o togliendo al diritto naturale e al diritto delle genti.

Quindi, il diritto naturale considerava l'uomo come animale, il diritto delle genti, come essere ragionevole e vivente in società dei suoi simili, e il diritto civile, come membro d'uno Stato determinato.

§. 118. *a.* IV. *Del diritto scritto*, *e del diritto non scritto* (jus scriptum et non scriptum).

Il diritto civile, nel senso in cui lo abbiamo indicato, nuovamente dividevasi in *diritto scritto (jus scriptum)*, e in *diritto non scritto*, (*jus non scriptum*) (6). Ma presso i Romani questa espressione *jus scriptum* si spendeva ordinariamente nel senso grammaticale, e intendevasi per queste parole ogni diritto scritto, senza far distinzione se traeva sua origine dalla legge o dalla consuetudine, fa-

(1) §. 4, J. I, 1. - Fr. 1, §. 2, D. I, 1. - V. più sopra, al §. 8.

(2) §. 4, J. I, 1. - Fr. I, §. 2. D. I, 1. « *Privatum jus tripartitum est*, *collectum etenim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus* ».

(3) Pr. J. I, 2. - Fr. I, §. 3, D. I, 1: « *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit.* Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in mari nascuntur, ovium quoque commune est. Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera animalia quoque, feras etiam, istius juris peritia censeri ». Cpr. Cicerone, *De invent.* II. 22.

(4) §. I, J. I, 2. - Fr. 9. D. I, 1: « *Jus gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, id apud omnes peræque custoditur, vocaturque jus gentium; quasi quo jure omnes gentes utuntur ». Cpr. fr. I, §. 4; fr. 2, 3, 4, 5, D. I 1. - Cicerone, *De off.* III. 5. - Teofilo, *Ad instit.* I, 2. Presso i Romani, l'*Jus gentium* non era ciò che noi diciamo *Diritto naturale* (quantunque più d'una volta si dica *Jus naturale*, per esempio, §. 11, J. I, 2; §. 11, J. II, 1), ma piuttosto un'astrazione dei diritti *positivi* di tutti i popoli civilizzati. Nullameno vi sono Scrittori di contraria opinione; tra questi: A. D. Renemann, *De jure gentium a jure naturali non diverso.* Traj. ad Rhen. 1818. Al contrario, v. G. F. Steinacher, *Apologia Ulpiani sive de notione juris gentium a jure naturali accurato distinguenda.* Lipsiæ, 1821.

(5) Fr. 9, D. I, 1: « Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam *quod quisque populus ipse sibi jus constituit*, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque *jus civile* ». §. 1, 2, J. I, 2. - Fr. 6, pr. D. I, 1: « Jus civile *est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit:* itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est, civile efficimus ». Gajo, I, 1. - Cpr. §. 11, J. I, 2.

(6) §. 3, J. I, 2. - Fr. 6, §. 1, D. I, 1.

cendone contrapposto al diritto consuetudinario non scritto (1). Di presente, per *jus scriptum* intendesi ordinariamente il diritto sancito dalle leggi e per *jus non scriptum*, il diritto cui i costumi o la consuetudine ha dato vita, poco allora interessando ch' e' sia scritto o non scritto (§. 5).

§. 119. b. *Del sistema del diritto civile romano.*

Secondo l' ordine delle Istitute di Gajo e di Giustiniano, il sistema del diritto civile romano fu esposto nel modo che appresso:

« Omne jus quo utimur, vel ad *personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones* (2) ». Il significato delle parole *res* et *actiones*, fu differentemente interpretato, in parte per cagione della divisione dei libri e titoli di queste Istitute (3). Egli è certo che può intendersi per la parola: *res*, ogni cosa che forma oggetto d'un diritto, e che vi possono esser comprese tanto le cose quanto gli atti, tanto i diritti a cose corporali come ad obbligazioni; ma pare che in principio i Romani non intendessero per *res*, che gli oggetti corporali (*corpora*) (4), e appresso, i diritti agli oggetti corporali, considerati, questi diritti, come cose incorporali; nullameno alcuna volta andarono più in là. L'origine e il fine di questi diritti e obbligazioni differiscono troppo, onde potere esser riuniti sotto un punto di vista diverso da quello delle *actiones*, secondo la distinzione principale in *actiones in rem et in personam*. In principio colla parola *actio*, intendevasi ogni procedura litigiosa o non litigiosa davanti il magistrato; ma in appresso designavasi, per essa, ogni diritto sotto il rapporto d'Istanza giudiciale. Abbenchè, dopo ciò, si possa tuttodì elevar disputa a fine di sapere se Gajo e Giustiniano abbiano compreso le *obligationes* fra le *res*, o se l'abbiano soltanto considerate sotto il punto di vista di *actiones*, o come avrebbero dovuto considerarle nei varj significati della parola *res*, nullameno è sempre indubitato che Gajo tratta nel Libro I, *De personis*, nel II e III *de rebus* e delle obbligazioni, e nel IV, *de actionibus*; che Giustiniano parla nel Libro I, *de personis*. nel II e III e fino al titolo 6. del libro IV *de rebus* comprese le obbligazioni, quindi *de actionibus*, e che ha fatto in guisa tale una esposizione di cui le diverse parti si connettono l'una coll'altra (5).

§. 120. c. *Del sistema adottato in questo Manuale.*

Quest'opera si compone d'una parte *generale* e d'una *speciale*. La prima è

---

(1) È per questa ragione che presso i Romani, gli *Edicta prætorum* e i *responsa prudentum*, appartenevano al diritto scritto. §. 3-9, J. I, 2.

(2) Gajo, I, 8. - §. 12, J. I, 5. - Teofilo, sul pr. J. I, 3, pr. J. II, 1, il pr. J. III, 13, e il pr. J. IV, 6.

(3) Gli uni pensano che la rubrica: *De rerum divisione*, debba continuare col medesimo significato, fino alla rubrica: *De actionibus*; e che pure le *obligationes* si comprendono nella parte seconda. Gli altri al contrario, sono d'avviso, che per ciò anco le *obligationes* appartengano alle *actiones* e che la generale denominazione di *actio* in una susseguente rubrica, indichi solamente che ogni azione, e in conseguenza anco l' azione *in rem* si presenti sotto la forma di un credito contro colui che ci ha leso.

(4) Allorchè si parla di *res*, dicesi: *acquirere*, *amittere*, quindi *possessio*: quando è disputa sulle *obligationes*, si dice al contrario *contrahere*, *solvere*, e il fatto in ciò non si oppone al diritto.

(5) Hugo ha diviso i suoi libri secondo il sistema di Gajo e di Giustiniano, e l'opera di Rosschirt, *Grandlinien des Rœm. Rechts* è pure scritta secondo quel sistema; ma alcune materie, come il diritto di pegno, la cessione, essendo state passate sotto silenzio, bisognava situarle nel loro vero posto; nelle sei prime edizioni, Mackeldey ha pure seguito questo sistèma.

destinata a dar le *nozioni* sulle *persone*, e sulle *cose*, di cui l'esistenza dee supporsi per ogni diritto, non che le generalità su i *diritti* e i *mezzi di perseguitarli*. La seconda parte ha per fine l'esposizione delle diverse specie dei diritti, e specialmente:

1. I diversi oggetti corporali e le cose nel vero significato, — il *diritto delle cose;*

2. Le *obbligazioni* e *diritti di perseguitare in giudizio;*

3. I *diritti di famiglia*, *jura potestatis*;

4. Le *successioni*, in cui le cose, le obbligazioni e la famiglia, sono riguardate *mortis causa*.

Queste quattro principali divisioni sono state da lungo tempo stabilite da altri, specialmente da Heise (1); ma questo autore vi ha pure aggiunto la *in integrum restitutio*, come una parte speciale, e Mackeldey ha seguito il suo esempio; in seguito Thibaut, abbandonando il suo sistema, nella settima edizione, terzo volume che tratta della procedura, conservò la procedura, in materia di concorsi o d'ordine, lochè determinò Mackeldey di formare, in questa materia, una sesta parte; ma non è opportuno inserire queste due parti nel sistema che ciascuno dei due scrittori si è proposto; così Thibaut ha modificato questo punto nella sua 8. edizione, e il defunto Mackeldey crederebbe al certo con noi ben fatto di mantenere il sistema tal quale è più sopra indicato, e di dividere in modo più convenevole le materie dei due ultimi libri.

---

(1) *Grundriss eines systems des gemeinen civilrechts*, o *Piano di un sistema di diritto civile comune.* Heidelberg, 1807. - A dir vero Hugo ha fatto il primo passo in tal rapporto. V. la prima ed. delle sue Istitute, 1789.

SEZIONE SECONDA

Delle Persone.

§. 121. *Idee di persona in generale.*

Nel suo primitivo significato, la parola *persona*, designa un uomo che la legge riguarda come capace di aver dei diritti (1). Ma la Giurisprudenza, per mezzo d'astrazioni e finzioni, ha dato a quest'idea estensione più lata, in quanto che, sotto il rapporto legale, vi sono esseri astratti, e cose, che non sono uomini, e nullameno si vogliono considerare come persone, tostochè godono di certi diritti. Da questa estensione data all'idea di *persona*, nasce la divisione di persone, in *fisiche* e *morali*; queste ultime meglio si designano col nome di *persone giuridiche* o *astratte* (2).

§. 122. *Homo, qui plures personas sustinet* (3).

Sovente la parola *persona*, non indica la qualità in virtù della quale, taluno gode di certi diritti, ed è sottoposto a certe obbligazioni (4). Avviene perciò assai spesso che un sol uomo riunisce nella sua persona diverse di queste qualità (*ut unus homo plures sustineat personas*), e che perciò i suoi diritti e doveri differiscano gli uni dagli altri. Conviene dunque esaminare in tal caso primieramente qual sia la qualità in cui egli agì, imperocchè ciò che egli operò in tal qualità, non può a lui pregiudicare in tal altra (5). Egli non può, a cagion d'esempio, trasferire i privilegj che gli appartengono in una tal qualità, a dei diritti che ei gode in tal altra (6).

(1) Secondo il diritto naturale, ogni uomo, come essere dotato d'intelligenza, è capace di aver dei diritti, ed è, in conseguenza, una persona. Può altrimenti avvenire in diritto positivo. Lo schiavo, a cagion d'esempio, è un uomo, ma il diritto romano non ravvisa in lui alcuna capacità legale, e non lo considera come persona. §. 4, J. I, 16. - Teof. sul §. 2, J. II, 14.

(2) Il diritto romano distingue anche la persona fisica col nome di: *persona singularis*, in opposizione a *collegium corpus, curia*. Fr. 9. §. 1, D. IV, 2.

(3) Jo. Nic. Hert, *De uno homine plures sustinente personas*; nei suoi *Opusc.* vol. I, tom. 3, pag. 27.

(4) Sotto questo rapporto, si distingue la *persona pubblica* (*persona publica*) dalla *persona privata* (*persona privata*). §. 5, J. I, 20.

(5) Per esempio, §. 4, J. II, 18. - Fr. 3. D. I, 7. - Const. 26, C. V, 37.

(6) Per esempio, fr. 38, D. IV, 4. - Const. 2, C II, 92.

CAPITOLO PRIMO

Delle Persone fisiche.

§. 123. 1. *Della capacità in generale.*

Una persona fisica è un uomo capace d' aver dei diritti. La capacità legale d'un uomo, consiste nelle qualità che egli deve possedere all' oggetto d' avere e acquistar dei diritti. Questa capacità è o *generale*, o *civile*. Niun' altra condizione, tranne quella d' *uomo*, si richiede per la capacità *generale* o *naturale*. Il diritto romano non riconosce per uomo che l'essere umano già esistente; poco importa che i membri del suo corpo sieno difettosi (*portentum, ostentum*); ma ove egli non conservi forma umana, è considerato come un mostro (*monstrum*), e dichiarasi incapace di qualunque diritto (1). D'altronde, per finzione di diritto, l' infante concepito, si considera, per interesse suo proprio, come già nato. *Nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur*. Egli conserva dunque, fino al suo nascere, tutti i diritti che egli avrebbe avuti, o che avrebbe acquistati, se fosse stato vivente al momento in cui questi diritti gli vennero devoluti (2). Ma per godere di tale avvantaggio, è necessario che sia nato *uomo, vivo, e che possa aver vita* (3).

§. 124. II. *Della capacità civile presso i Romani in particolare* (4). — 1. *Idee e specie dello Stato* (Status).

Presso i Romani, ogni uomo non era già una persona, e ogni persona non godeva di capacità civile, la quale dipendeva da certe civili qualità, determinate tanto dal diritto pubblico che dal diritto privato.

A. La qualità particolare che determinava la *capacità civile*, appellavasi secondo i Romani *Stato* (*Status* o *caput*); tre erano i differenti stati:

1. Perchè un uomo potesse in generale aver diritti, ed essere considerato come persona, doveva esser *libero;* in questa qualità d' uomo libero, consisteva lo *stato di libertà* (*status libertatis*), e da questa distinzione nacque la divisione d' uomini in *liberi* e *servi* (5). Gli uomini liberi poi si dividevano in *ingenui* (*ingenui*) e in *affrancati* (*liberti* di fronte

---

(1) Fr. 14, D. I. 5. — Fr. 38, 135, D. L. 16.

(2) Fr. 7. D. I, 5: « Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, *quotiens de commodis ipsius partus quæritur*; quamquam alii antequam nascatur, nequaquam prosit ». - Fr. 26, D. ibid. - Fr. 231. D. L. 16. I seguenti passi contengono delle applicazioni a questa regola: fr. 3. D. XLVIII, 19. - Fr. 18, D. I, 5. - Fr. 30. §. 1; fr. 84. D. XXIX, 2. - Fr. 7, §. 1. D. I, 9. - Const. 1, 2, C. VI, 29. Fr. 3, D. V. 4. - Mallinkrodt, *De statu nondum natorum*. Giessæ, 1782 Zimmern, t. I, §. 119.

(3) Const. 2, 3, C. VI, 29. Non si può determinare in generale in quali casi si debba riguardare un infante come vitale. Si dice tuttavia d'ordinario, che non possa esserlo avanti il 182° giorno, e si chiamano in appoggio di tale opinione, i fr. 12, D. I, 5; e fr. 3, §. 12, D. XXXVIII, 16. Ma questi due passi non parlano in modo alcuno della *vitalità*; il primo si riferisce alla *legittimità* ed il secondo all'*ingenuità* degl' infanti.

(4) Gajo, I, 9 seg. - Ulpiano, tit. I-V. - In st. I, 3-8. Dig. I, 5. - Hugo, p. 118. — Zimmern, t. I, §. 117, 118.

(5) Gajo, 1, 9. - Pr. J. I, 3 - Fr. 3, D. I, 5.

al loro patrono, *libertini* di fronte al loro stato) (1).

2. L'uomo libero godeva di tutti i diritti stabiliti dal Gius naturale e dal Gius delle genti (*jus naturale et gentium*); ma la libertà sola, non dava capacità di esercitare i diritti politici e quelli derivanti dal diritto civile (*jus civile*); era necessario, onde acquistare l'esercizio di tali diritti, che l'uomo libero fosse *cittadino romano*. Questa qualità formava *lo stato di cittadinanza* (*status civitatis*), e quindi la divisione degli uomini liberi in *cittadini*, e *peregrini* (*cives et peregrini*) (2).

3. L'esercizio pieno e intero della civile capacità, oltre lo stato di libertà e di cittadinanza, esigeva quello di *famiglia* (*familia*). Lo stato di famiglia, o come si esprimono i Giureconsulti, il « *familiam habere* » nel doppio rapporto in cui riscontrasi nel romano diritto, ha un differente significato.

a) Perchè un cittadino romano potesse avere e acquistare per sè dei diritti civili, e ritenere in sua potestà altre persone, richiedevasi che egli fosse *homo sui juris*, cioè a dire non soggetto all'altrui potestà. Sotto questo rapporto lo stato di famiglia consisteva nel diritto di essere indipendente da ogni potere (*sui juris esse*), e dava luogo alla divisione delle persone in *homines sui juris et alieno jure subjecti* (§. 120).

b) Perchè un cittadino romano potesse esercitare certi diritti, specialmente quello di successione legittima e di tutela, conveniva che egli fosse *agnato* della famiglia, onde reclamava questi diritti (§. 132), e sotto tale rapporto, lo stato di famiglia (*status familiæ*) consisteva nella qualità d'agnato d'una tal famiglia (3).

B. Questi tre stati si concatenavano fra loro coi seguenti rapporti: La *libertà* poteva sussistere isolatamente e di per se sola; il *diritto di cittadinanza* dipendeva dalla libertà, e la *famiglia* dalla cittadinanza. Quindi la perdita di uno stato, subordinato all' esistenza d' un altro, importava egualmente la perdita di questo ultimo stato (§. 121).

Oltre questi tre stati principali, ne esisteva anche un altro: La estimazione integra del cittadino romano (*status illesæ existimationis*) era per lui la condizione che rendevalo degno d' esercitare tutti i diritti politici e civili, tali quali il diritto pubblico e privato dei romani, gli aveva determinati (§. 123); ogni provocazione poteva respingersi con l' *actio injuriarum* (4).

§. 125. II. *Degli uomini in propria o in altrui potestà.* — (Homines sui juris vel alieni juris).

Un uomo *sui juris* era quello che non era soggetto all' altrui potestà; egli dicevasi ancora *pater familias*. Un uomo *alieni juris s. alieno juri subjectus*, era quello che trovavasi in altrui potestà, senza cercare se ei fosse libero o no (5). L'uomo *sui juris* poteva, soltanto, esercitare tutti i diritti, e aver altri sotto la sua potestà, l'uomo *alieni juris*, non poteva, secondo l' antico diritto acquistare e esercitare generalmente dei diritti, che per colui al quale era soggetto, e non aveva potestà sopra altri (6).

---

(1) Gajo, I, 10-12. - §. 5, J. I, 3. - Fr. 5, D. I, 5. Su li schiavi romani, v. specialmente Heineccio, *Antiquit. jur. rom.* lib I, tit. 3-8.

(2) I Latini (*latini*) formavano un grado intermedio fra i cittadini (*cives*) e i forestieri (*peregrini*). - Cpr. Heineccio, *loc. cit.* Appendice al lib. I. - Zimmern, t. I, §. 123-126.

(3) Fr. 195, §. 2, 4, 5; fr. 196, pr. D. L, 16. Sulla *familia* e la *gens*, nel senso del diritto romano, v. Niebuhr, *Istoria romana*, 1. parte, 2. ediz. p. 26; 3. ediz. p. 349.

(4) Fr. 15, §. 34, 35, 44. D. XLVII, 10.

(5) Gajo, I, 48-141. - Ulp. IV e V. - Inst. I. - D. 8. - Ig. 1, 6. Hugo, p. 131. - Zimmern, t. I, §. 122.

(6) Gajo, II, 86-96; III, 163-167. - Ul-

Ascrittizii sono i Servi [illegible] destinati e addetti ad un luogo p.e. alla gleba, e si distinguono dagli altri servi: in ciò solo che mentre questi [illegible] tutte [illegible]

La potestà che un uomo *sui juris* esercitava sopra un altro, era triplice:

1. La *potestas*, ossia tanto la potestà del padrone sul servo (*potestas dominorum*), quanto la potestà paterna sui figli e sui nipoti (*patria potestas*).

2. La *manus*, o la potestà del marito sulla moglie con cui viveva, a norma del matrimonio dei romani.

3. Il *mancipium*. Era questa una potestà eguale a quella del padrone sul servo; esercitavasi essa sopra un uomo *libero*, per vendita e tradizione solenne (*mancipatio*) che serviva specialmente per l'emancipazione e adozione (*emancipatio et datio in adoptionem*) (1).

Nel diritto Giustinianeo, non ha luogo che la potestà domenicale (*potestas dominorum*) e la patria potestà (*patria potestas*).

§. 126. III. *Della diminuzione di capo* (capitis deminutio).

La *perdita d'uno Stato*, dicevasi *capitis diminutio*, la quale era triplice egualmente che lo stato (2).

1. La massima diminuzione di capo (*capitis diminutio maxima*) produceva la perdita della libertà, quindi naturalmente anco quella degli altri due stati.

2. La media diminuzione di capo (*capitis deminutio media*) deriva dalla perdita del diritto di cittadinanza; lo stato di famiglia cessava nel tempo istesso, ma non perdevasi la libertà (3).

3. Infine la minima diminuzione di capo (*capitis deminutio minima*) avveniva allorchè un cittadino romano, senza perdere lo stato di cittadinanza, cangiava quello di famiglia (4).

---

piano, XIX, 18. - Inst. II, 9, III, 28 (29). Il diritto di Giustiniano ha mutato quasi per intiero questo principio; poichè, secondo esso il figlio di famiglia (*filius familias*) può acquistar per sè quasi tutti i diritti.

(1) Sulla *potestas*, *manus*, e *mancipium*. V. Gans, *Scolie su Gajo*, p. 138 e seg. - Zimmern, t. I, §. 226-228. - G. Serrurier, *Animadversiones ad locum Gaji de potestate, manu et mancipio*. Traj. ad Rhen. 1828. - Sul *mancipium* in particolare: Ed. Bocking, *Comm. de mancipii causis*. Berol. 1826.

(2) Gajo, I, 158-163. - Ulpiano, XI, 10-13. Inst. I, 16. - Dig. IV, 5. - Heineccio, *Antiq. rom.* lib. I, tit. 16. - Il passo principale su questa materia trovasi al fr. II, D. IV, 5: « *Capitis deminutionis* tria genera sunt: *maxima*, *media*, *minima*. Tria enim sunt, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur, cum omnia hæc amittimus, hoc est, libertatem, et civitatem, et familiam, *maximam* esse capitis deminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur: *minimam* esse capitis deminutionem constat ».

(3) Queste due prime specie di diminuzione di capo che Ulpiano, nel fr. I, §. 8, D. XXXVIII, 17, chiama ancora *capitis dem. magna*, in opposizione alla terza, che egli dice *capitis dem. minor*, producevano, presso i Romani, la *morte civile*, per la quale colui che cessava d'esser libero o cittadino romano, perdeva tutti i diritti civili (*jus civile*) e dovea, sotto questo rapporto, essere considerato come morto. Fr 209, D. L, 17. - §. 1, J. I, 12.

(4) Ulpiano XI, 13, si esprime: « Minima capitis deminutio est, per quam et civitate et libertate salva, *Status dumtaxat hominis mutatur* ». - Gajo, I, 192 e §. 3, J. I, 16, dice lo stesso. - Paolo, fr. II, D. IV. 5, si esprime così: « Tum et libertas, et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, minimam esse capitis deminutionem constat ». Bisogna osservare che allorquando si tratta della minima diminuzione di capo, il diritto romano non dice giammai *amittitur*, ma semplicemente *mutatur*; perchè l'effetto della minima diminuzione di capo è quello di far cessare d'appartenere alla famiglia, cui fin allora si appartiene, e di fare entrare in altra famiglia, o formarne una nuova come l'emancipato. - Cpr. F. C. Conradus, *De minima capitis deminutione*; in ejusd. Peregris L. II, p. 163. - A. Herm. Gmelin, *Dissert. d. cap. dem. minima*. Tübing. 1807. - L. H. de Coll, *Diss. de cap. dem. minima juris antiqui*, Jenæ, 1810. - Petr. F. Deitres, *Diss. de*

Tale era il caso *dell'arrogatio* (1), della *conventio uxoris in manum mariti* (2), della *emancipatio* e della *datio in adoptionem;* infine tale era la *datio in mancipium* e la *manumissio ex mancipio* (3); perchè in tutti questi casi la persona cangiava di famiglia (*familia mutatur*).

La morte sola non produceva giammai diminuzione di capo; eravi sempre necessario un fatto derivante dal diritto civile (4). La minima diminuzione di capo produceva un effetto generale: quello cioè di far perdere, a colui che ne era colpito, (*capite diminutus*) i diritti di famiglia (*jura familiæ*), nella famiglia cui aveva egli fin allora appartenuto come agnato (5).

§. 127. 4. *Della riputazione civile.* a. *Nozioni generali.*

La riputazione, in generale, consiste nella stima di cui un uomo gode a cagione delle sue qualità, e per ciò, nella pubblica testimonianza del suo merito. Questa stima e confessione del merito, allorchè dipende dal giudizio del pubblico e in quello intieramente si posa, dicesi *riputazione naturale*, o *buona riputazione*, diversa dalla *riputazione civile* la quale consiste in ciò che è annesso alla qualità di cittadino dello stato, per cui può pretendere a tutti i diritti e privilegj che attengono ai cittadini. La riputazione è dunque la conseguenza della qualità del cittadino, e dacchè lo stato a suo piacimento la conferisce, e riposa nel giudizio della maggior parte dello stato, così lo stato e le leggi possono a noi ritorla o restringerla; ma non è dato ad altri di giudicare se noi vi abbiamo o non vi abbiamo diritto (6).

§. 128. b. *Della riputazione per diritto romano* (7).

La riputazione civile di cui il cittadino romano come tale godeva, dicevasi *existimatio*. La sua integrità costituiva lo *status illæsæ existimationis* (8), il quale formava la condizione di prima capacità, o piuttosto della dignità di cittadino romano, onde

---

civili cognatione et familiari nexu ex jure romano et germ. Bonnæ, 1825, §. 22. - Du Caurroy, nella *Thémis*, t. III. p. 171. - Ed. Fr. A. Seckendorff, *Diss. de cap. dem. minima.* Coloniæ, 1828. - Zimmern, t. I, §. 229.

(1) Fr. 3, pr. D. IV, 5. - Fr. 3, §. 2; fr. 40, pr. D. I, 7. - Si dava luogo alla minima diminuzione di capo per la *erroris causæ probatio*, di cui parla Gajo, I, 67 e seg., e dopo per la legittimazione. §. 13, J. I, 10. - Cpr. Gajo, II. 141-143.

(2) Gajo I, 162; III, 82-84; IV, 38. - Ulpiano, XI, 13.

(3) §. 3, J. I, 16. - Fr. 3, §. I, D. IV, 5. - Fr. 23, D. I, 7. - Specialmente Gajo, I. 162. « Minima capitis deminutio est cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur, quod accidit in his, qui adoptantur: item in his, qui cœmptionem faciunt, et in his, *qui mancipio datur: quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem ut quoties quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur* ». Cpr. Gajo, II, 141.

(4) Così il figlio di famiglia, che per la morte del padre, diventava *sui juris* non andava soggetto ad alcuna diminuzione di capo, e non perdeva la sua agnazione.

(5) Fr. 7, D. IV, 5. - Fr. 4, §. 10, D. XXXVIII, 10. - Fr. 11, D. XXXVIII, 16. - Fr. 6, §. 1. - D. XXXVII, 1. - Ulpiano, XI, 9. - Gajo, I, 158, 163. - Il diritto romano fissa in ogni parte: « *jus agnationis perimitur s. corrumpitur* »; era questa la prima e immediata conseguenza della minima diminuzione di capo, e questa conseguenza ne formava la vera base.

(6) Cpr. fr. 5, §. 1, D. L, 13.

(7) Donello, *Comm. jur. civ.* XVIII, 6. - Buchardi, *De infamia et disciplina Romanor.* Kil. 1819. - S. J. M. Van Geuns, *Diss. de infamia legib. rom. constituta.* Traj. ad Rhen. 1823. - A. M. J. Molitor, *Diss. de minuta existimatione ex jure romano.* Lovanii, 1824. - Zimmern, t. I, §. 127-129.

(8) Fr. 5. §. 1, D. L, 13: « *Existimatio* est dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut *minuitur* aut *consumitur* ».

esercitare tutti i diritti politici e civili determinati dal diritto pubblico e privato dei romani.

A. L'*existimatio* poteva perdersi interamente (*existimatio consumitur*): ciò che sempre avveniva per la massima e media diminuzione di capo, poichè per essa perdevasi il diritto di cittadinanza, condizione d' ogni *existimatio* (1); e per essa perdevasi pure la capacità d'invocare il diritto civile.

B. L'*existimatio* poteva venire diminuita soltanto (*minuitur*) senza che per ciò si cessasse d'essere cittadino romano, e questa diminuzione non poteva trar seco che la perdita di alcuni diritti civili particolari (2). Fra le persone che non avevano il pieno godimento dell'onore civile, si annoveravano:

1. Tutte le persone che l' editto del pretore o la legge espressamente designava a cagione della lor professione disonesta, o d'un delitto; esse non meritavano di godere pienamente la civile estimazione. Si dicevano: *infames quos lex notavit, qui infamia notati sunt* (3); i moderni dicono questa specie d'infamia: *infamia juris;* ma qui evvi pure da fare una distinzione:

a) In alcuni casi, in effetto, l' infamia aveva luogo immediatamente (*notatur qui fecerit*) tostochè eravi certezza che alcuno aveva commesso azione o abbracciato professione infamante; in tal caso non si voleva nè istruzione giudiciaria, nè giudizio che in molti casi di tal fatta non era neppure ammesso (oggi: *infamia immediata juris*). Incorrevano questa infamia coloro che per prezzo divenivano mimi o atleti, *qui artem ludioram faciunt* (4); coloro che commerciavano la prostituzione, *qui lenocinium faciunt* (5); le donne che pubblicamente si prostituivano, *quæ palam quæstum faciunt* (6), e gli uomini che si abbandonavano volontariamente alla pederastia (7); i maggiori che rompevano una transazione giurata e liberamente consentita (8); coloro che si davano all'usure (9); chi si fidanzava o maritava nel tempo istesso con più persone (10); le vedove che si rimaritavano dentro l'anno della vedovanza (11); i tutori che sposavano o maritavano ai lor figli le pupille prima che giungessero alla età maggiore, nel qual caso anche i figli divenivano *infami* (12); le donne sorprese in flagrante adulterio (13); i debitori che non cedevano volontariamente i loro beni ai creditori, ma gli costringevano a farsi immettere nel possesso dei beni, *missio creditorum in bona* (14), infine i soldati congedati dal servizio per ignominia, *ignominiæ causa* (15).

b) In altri casi al contrario, l'infamia era la conseguenza d'una condanna per delitto, o della pena incorsa (*notatur qui damnatus erit*; al pre-

(1) Fr. 5, §. 2, 3, D. ibid.

(2) *Diritti politici:* fr. 1, pr. D. XLVIII, 7. - Fr. 40, D. XLVII, 10. - Const. 2, 12, C. XII, 1. - Fr. 1, §. 5, 6, D. I, 22. - *Diritti civili:* fr. 18, §. 1, fr. 29, §. 5; fr. 26. D. XXVIII, 1. - Fr. 14, 15, D. XXII, 5. - Fr. 44, D. XXIII, 2. Const. 27; C. III, 28.

(3) Dig. III, 2. - Codice, II, 12. - Gluck, *Comm.* 5. parte, §. 374 e seg.

(4) Fr. 1, §. 6, D. III, 1. - Fr. 1; fr. 2, §. ult.; fr. 3, D. III, 2.

(5) Fr. 1; fr. 4. §. 2, 3, D. III, 2. - Fr. 43, §. 6-9, D. XXIII, 2.

(6) Fr. 24, D. III, 2. - Fr. 41, pr.; fr. 43, pr., §. 1-5, D. XXIII, 2.

(7) Fr. 1, §. 6, D. III, 1; Const. 31, C. IX, 9.

(8) Const. 41, C. II, 4.

(9) Const. 20, C. II. 12.

(10) Fr. 1; fr. 13, §. 1-4, D. III, 2. - Const. 2, C. V, 5. - Const. 18, C. IX, 9.

(11) Fr. 2; fr. 11, §. ult.; fr. 12; fr. 13, pr. D. III, 2. - Const. 2, C. V, 9.

(12) Fr. 66, pr. D. XXIII, 2. - Const. 7, C. V, 6.

(13) Fr. 43, §. 12, 13, D. XXIII, 2.

(14) Const. II, C. II, 12. - Const. 8, C. VII, 71.

(15) Fr. 1; fr. 2, pr., §. 1-4, D. III, 2. - Const. 3, C. XII, 36.

sente: *infamia juris mediata*). Questa incorrevasi per tutti i delitti pubblici ordinari, e per qualche delitto pubblico straordinario (1); anche per delitto privato, specialmente il furto, la rapina e l'ingiuria (*furtum*, *rapina*, *injuria*); e ancorchè avesse luogo una transazione colla persona lesa affine di non dar luogo a querela, incorrevasi nullameno l'ignominia (2); infine l'infamia notava colui che veniva condannato per causa di furto nei contratti, aventi per base la fiducia personale; per esempio, il mandato, il deposito, la società, la tutela (*mandatum*, *depositum*, *societas*, *tutela*) (3).

2. Le persone che per loro mala vita o vile professione, *vitæ turpitudo*, cui la legge non aveva, a dir vero, comminata l'infamia, si rendevano passibili della perdita dell'onore civile, e divenivano indegni, per ciò, della stima dei loro concittadini. I moderni dicono questa specie d'infamia: *infamia facti*, i di cui pregiudicevoli effetti, erano secondo il diritto posteriore, presso a poco i medesimi dell'*infamia juris* (4).

3. Le persone che, presso i romani erano marcate di *levis nota*. A questa categoria non appartengono che gli affrancati, e i figli dei mimi; questa *levis nota* produceva l'effetto, che i senatori e i lor figli, non potevano maritarsi con tali persone, e che un testatore non poteva istituirli in eredi, in pregiudizio di fratelli e sorelle (5). Tutte le persone di cui l' onore naturale e civile non era senza macchia, si dicevano in generale: *personæ turpes* (6). (1)

§. 129. III. *Altre specialità che distinguono gli uomini.*

Oltre la qualità d'uomo su cui si basava, presso i romani, la capacità naturale e civile (§§. 118-123), il diritto considerò pure nell'uomo molte altre qualità e rapporti, che formavano, o la condizione di certi diritti, o che senza formare la condizione della capacità d'una persona, avevano influenza sovra i suoi diritti. Questa considerazione sola doveva servire d' impedimento a designare egualmente queste qualità col nome di *Stato* (*Status*), come fanno spesso i moderni (7); perchè, presso i romani, questa parola, nel suo vero si-

(1) Fr. 1, D. III, 2. - Fr. 7, D. XLVIII, 1. - Fr. 1, 4, D. XLVII, 15. - Fr. 1; fr. 3, pr. D. XLVII, 12. - Fr. 2, D. XLVII, 10. - Fr. 4, §. 4, D. III, 2. - Const. 12, C. II, 12.

(2) §. 2, J. IV, 16. — Fr. 1; fr. 4, §. 5, D. III, 2. - Fr. 7, D. XLVIII, 1.

(3) §. 2, J. IV, 16. — Fr. 1; fr. 6, §. 5, 7, D. III, 2. - Fr. 56, D. XVII, 2. - La semplice colpa (*culpa*) non induceva infamia: §. 6, J. I, 26. - Fr. 3, §. 18; fr. 4, §. 1, 2, D. XXVI, 10. - Const. 9, C. V, 43.

(4) Fr. 3, pr. D. XXII, 5. — Fr. 2, D. XXXVII, 15. - Fr. 12, D. L, 2. - Const. 2, C. XII, 1. - Const. 27, C. III, 28.

(5) Ulpiano, XIII, XVI, 2. - Fr. 44, pr. §. 5, D. XXII, 2. - Fr. 5, D. XL, 11. - Const. 27, C. III, 28. - Heineccio, *De levis notæ macula*. Halæ, 1720, e nei suoi *Opusc.* p. 266. - L'errore che lo ha fatto intitolare *levis notæ macula*, deriva da un male inteso della Const. 27 citata, in cui la parola *macula* non solo si applica a *levis nota*, ma anco a *infamia* e *turpitudo*.

(6) I diritti moderni differiscono, in questa materia, interamente dal diritto romano.

(7) I moderni intendono colla parola « *status hominis* » generalmente il complesso delle qualità personali da cui dipendono certi diritti, e dividono lo stato, in *stato naturale* (*status naturalis*) e in *stato civile* (*status civilis*). Per stato naturale s'intende la capacità naturale (§. 118), e altre qualità fisiche aventi influenza sui diritti; come il sesso, l'età, e lo stato di salute; per stato civile s' intende la capacità civile, particolarmente i tre stati del diritto romano (§. 119), non che di qualche altre qualità civili, aventi influenza sui diritti; come l'onore, la religione, la professione. - Westenberg, Pr. D. I, 5, §. 4 seg. - Hellfeld, *jurispr. for.* §. 111. - Hœpfner, *Comm.* §. 62. - Thibaut, *System*, §. 207. Ma tutto ciò che si è esposto, e la divisione dello stato che ne de-

(1) Sugli effetti giuridici dell'infamia vedi Haimberger parag. 67. p.a 44.

gnificato, non attiene che alla *capacità civile*. Quanto alle qualità e rapporti personali d'un uomo che gode della civile capacità, i quali spiegano influenza sopra i suoi diritti, non diremo che dei più importanti, nel diritto romano.

§. 130. 1. *Del Sesso.*

Gli uomini, in rapporto al Sesso, sono, ó *Uomini* (nel significato il più stretto della parola) o *Donne*. Coloro che appartengono a dubbio genere, si dicono *Ermafroditi* (*hermaphroditi*); i quali si fanno appartenere a quel genere che più ravvicinano (1). Per regola generale, i diritti dei due sessi sono eguali; se nonchè tal regola conta un gran numero di eccezioni per quello riguarda le femmine (2).

§. 131. 2. *Età* (3).

L'età segna egualmente una differenza fra gli uomini, e sotto questo rapporto, sono essi o *maggiori* o *minori* (*majores aut minores 25 annis*), l'uomo è maggiore (4), senza distinzione di sesso, dacchè ha compito l'anno venticinquesimo della sua età (5). I minori si distinguono in *puberi* (*puberes*, *adulti*, *adolescentes*), e in *impuberi* (*impuberes*) (6). L'uomo è pubere all'età di 14 anni compiti, e di 12 la femmina (7). Gl'impuberi fino all'età di sette anni, e senza distinzione alcuna di sesso, diconsi *infanti* (*infantes*) (8). Dai sette anni fino alla pubertà, si dicono o *infantiæ* o *pubertati proximi* (9), secondochè la loro età, più alla infanzia o alla pubertà si avvicina. La *vecchiezza* (*senectus*), che esonera da' pubblici impieghi, incomincia all'età di 70 anni compiti (10).

---

riva, non appartiene al diritto romano. Zimmern, t. I, §. 117 e seg.

(1) Fr. 10, D. I, 5: « Quæritur hermaphroditum cui comparamus? et magis puto ejus sexus æstimandum, qui in eo prævalet ». Il fr. 15, §. 1, D. XXII, 5, contiene un applicazione di questo principio: « Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit ». Coccejus, *Jus. contr.* lib. 1, t. V, qu. 3.

(2) Fr. 9, D. I, 5. - Fr. 1, §. 5, D. III, 1. - Fr. 1, 2, D. XVI, 1. - Fr. 16, 18, D. XXVI, 1. - Fr. 20, §. 6, D. XXVIII, 1. - § 10, J. I, 11.

(3) V. Specialmente: Zimmern, t. I. §. 120, 121.

(4) *Ætas legitima.* Sulla *lex Plætoria*, v. de Savigny, *Ueber die lex Plætoria*, Berlino, 1833.

(5) Const. 5, C. VI, 53. Per eccezione, il minore vien riguardato come maggiore, ottenendo una dispensa d'età *(venia ætatis)*, cioè, venendo dichiarato maggiore dal Principe; ma anche in caso tale è necessario che l'uomo abbia compiti i 20 anni e la donna 18. Const. 2, C. II, 45. - J. F. Scheffer, *De venia ætatis.* Argentor. 1782. - Sulla const. 2 citata, v. Glück, *Comm.* P. 31, pag. 144, e seg.

(6) Se l'impubere è *sui juris* si dice *pupillo (pupillus)*. F. 239, pr. D. L, 16. - La impubertà dicesi ancora *prima ætas*; la pubertà, fino all' età maggiore, *secunda ætas*. Const. 30, C. I, 4. - Const. 1, C. VI, 26, - Nov. 72, præf. Oggi la parola *pubere* si confonde sovente colla parola *maggiore*.

(7) Pr. J. I, 22. — Const. 3, C. V, 60. - A. G. Cramer, *De pubertatis termino ex disciplina Romanorum.* Kilon, 1804. - Sulla piena pubertà *(pubertas plena)* di cui è questione al §. 4, J. I, 11, e fr. 40, §. 1, D. I, 7, e di cui i tre seguenti passi contengono applicazioni, fr. 14, §. 1, D. XXXIV, 1; fr. 57, D. XLII, 1; Nov. CXV, C. 3, §. 13, v. Dirksen, *Beitræge zur Kunde des Rœmischen Rechts*, p. 289.

(8) Const. 8, C. Th. VIII, 18; — Const. 18, pr. C. VI, 30. — Per l'avanti, e per giustissima etimologia, *infans* equivaleva al *qui fari nondum potest.* Fr. 65, §. 3, D. XXXVI, 1. - Fr. 70, D. XLV, 1. - Const. 26, C. VIII, 54.

(9) Fr. 111, pr. D. L, 17. - §. 10, J. III, 19 (20). §. 18, J. IV, 1. - Fr. 4, D. XXIX, 5. - Jac. Gothofredus, *Comm. ad tit. D. de R. J. ad L.* III.

(10) §. 13, J. I, 25. - Fr. 2, pr. D. XXVII, 1. - Fr. 3, D. L, 6. - Const. 10, C. X,

§. 132. 3. *Dello stato di salute.*

Avuto riguardo allo stato di sanità di *corpo* gli uomini sono *sani* (*sani*) o *malati* (*morbo laborantes*) (1), o *infirmes*, cioè affetti da permanente infermità (*vitio laborantes*) (2). Quanto alla integrità di *spirito*, alcuni godono della pienezza di ragione, altri no, e manca loro la libertà del volere. Questi ultimi, sono secondo lo stato e il differente grado di loro malattia mentale, o *furiosi* (*furiosi*) o *pazzi* (*mente capti*), o *imbecilli* (*dementes*) (3). Bisogna aggiungere ancora i *semplici* e *gli stupidi* (*simplices et stupidi*).

§. 133. 4. *Della parentela.*
a. *Nozione della parentela.*

La *parentela* (*cognatio*) è un vincolo fra due o più persone congiunte del medesimo sangue. Se queste persone non formano che una sola e istessa famiglia, o se si suppone che il lor *pater familias* sia ancor vivo, questa parentela prende nome d'*agnatio*. Per contrapposto all'agnazione, che non può aver luogo che fra uomini, la parentela accagionata da vincolo naturale di sangue, la quale avviene tanto per maschi che per femmine, dicesi *cognatio naturalis*. L'adozione non produce la *cognatio naturalis*, ma l'*agnatio*. Il sesso femminile non può dar luogo che alla *cognatio naturalis* (4). Qualunque agnazione, naturale o civile, rimaneva distrutta per la diminuzione di capo; ma la cognazione naturale, non riceveva per essa cangiamento di sorta.

§. 134. b. *Delle specie di parentela.*

I parenti, sono tali, o perchè discendono gli uni dagli altri, sia immediatamente, sia per altra persona, o perchè discendono da comune autore. Nel primo caso, nasce l'idea della *linea retta* (*linea recta*) e i parenti in linea retta, si dicono *ascendenti* e *discendenti*; la serie delle persone da cui io discendo è linea *ascendente* (*linea superior s. ascendens*); la serie delle persone che discendono da me, è la linea *discendente* (*linea inferior s. descendens*). Nel secondo caso si ha l'idea della *linea collaterale* (*linea transversa s. obliqua*) (5), e le persone che sono parenti solo perchè discendono da comune autore, diconsi *collaterali* (*ex*

31. - Const. un. C. V, 68. - La Const. 3, C. X 49, non gli è contraria.

(1) Se la malattia inabilita a qualunque specie d'occupazione, si dice *morbus sonticus*. Fr. 113, D. L, 16.

(2) Fr. 101, §. 2, D. L, 16. - Noi intendiamo parlare degl'impotenti e dei castrati *(spadones et castrati)*. - Fr. 128, D. L, 16. - Fr. 6, §. ult., fr. 7, D. XXI, 1 - Fr. 39, §. 1, D. XXIII, 3. - Fr. 6. pr. §. 1., D. XXVIII, 2. - Fr. 40, §. 2, D. I, 7. - §. 9, J. I, 11. - Quindi dei sordi e muti, come dei sordo-muti, §. 3, J. II, 12. - Fr. 1. §. ult. D. XLIV, 7. - Fr. 1, §. 3, D. III, 1. - Fr. 4, D. XXIX, 11. - Const. 10, C. VI, 22. - R. Tob. Guyot, *Diss. de jure Surdomutorum.* Grœning, 1824.

(3) Cicerone, *Tusc. Quæst.* III, 5 - Coloro che dalla giustizia sono stati dichiarati *prodighi (prodigi, quibus bonis interdictum est)* sono rassomigliati ai pazzi e ai furiosi, riguardo all'amministrazione dei loro beni. Fr. 1, pr. D. XXVII, 10, - §. 3, 4, J. I, 23. - V. più sotto i §§. 591, 592.

(4) Fr. 4, §. 2, D. XXXVIII, 10. - Il diritto canonico fa menzione anco d'una cognazione spirituale *(cognatio spiritualis)*, la quale avviene per opera del battesimo, ma che, dopo il diritto nuovo, non esiste che tra il battezzante e il compare, da una parte, e il battezzato e suoi parenti dall'altra. Lo stesso avviene per la cresima. I protestanti non la riconoscono. *Decret. Gregor.* IX, lib. IV, tit. 2. - *Conc. Trident.* Sess. 24, C. 2, *De reform. matr.* - V. inoltre: Inst. III, 6. - Dis. XVIII, 10. - *Decret. Greg.* IX, lib. IV, tit. 12, 14, 17.

(5) Fr. 9; fr. 10, §. 9, D. ibid. - Il diditto canonico divide i collaterali, in *eguali* e *ineguali*, secondochè sono egualmente o inegualmente lontani dal comune autore.

latere venientes, in moderno latino: *collaterales*) (1). L'insieme di più parenti che discendono da *comune stipite* (*stipes communis*) dicesi *stirpe* (*stirps*) o *linea*; questa linea può in molte altre dividersi.

§. 135. c. *Gradi della parentela.*

La distanza che esiste fra due parenti si determina per *gradi*. Nel diritto romano ogni generazione forma un grado; così due persone determinate, sono parenti nel grado istesso che abbisogna in rapporto alle generazioni per formar parentela fra loro (*tot sunt gradus quot sunt generationes*) (2). Con tal sistema, il padre e i figli sono al primo grado, l'avo e i nipoti al secondo, fratello e sorella egualmente al secondo, zio e nipote al terzo, figli di fratello e sorella al quarto ec. (3).

§. 136. d. *Della parentela legittima e illegittima.*

La parentela naturale è *legittima*, allorchè proviene da legittimo matrimonio; è *illegittima* allorchè nasce da causa, che non è matrimonio legittimo.

§. 137. e. *Delle specie dei figli illegittimi.*

Il diritto romano distingue:

1. I figli naturali (*naturales*) nati da concubinaggio, a riguardo dei quali può ammettersi la paternità (4);

2. Gli altri figli illegittimi detti *spurii et vulgo quesiti* (5). Distinguonsi pure gli *adulterini*, nati d'adulterio, e gli *incestuosi* nati d'incesto. Ogni unione di sangue fuori del matrimonio e del concubinaggio, si considerava come riprovevole (*adulterium* in senso lato); mai i figli incestuosi, erano particolarmente designati come *ex damnato coitu procreati*.

§. 138. f. *Specie dei collaterali.*

I collaterali discendenti dalla medesima coppia si dicono di presente esclusivamente: *germani* (*germani*) (6); coloro al contrario che discendono da una istessa persona che ha contratto due differenti unioni, diconsi: *consanguinei* (7), o *uterini* (*consangui-*

---

(1) Const. 9, §. 1, C. V, 27. - Nov. 118, C. 2. 3. - Allorchè di due collaterali, uno viene immediatamente appresso l'autore comune, mentre l'altro è più lontano, i moderni designano questo rapporto di parentela colla barbara espressione *respectus parenthelæ*, e i romani, *parentum liberorumve locum obtinent.* §. 5. J. I, 10.

(2) Il diritto canonico segue la *medesima* regola nel computo dei gradi nella linea ascendentale e discendentale; ma pel computo dei gradi nella linea collaterale, stabilisce la regola seguente: due collaterali, sono parenti nel medesimo grado che lo sono coll'autore comune da cui discendono; nelle linee collaterali ineguali, s'indica il numero dei gradi nelle due linee. - C. 2, C. XXXV, qu. 5.- Un'antica opera rimarchevolissima su tal rapporto è: S. P. Damianus, *De parentelæ gradibus*; nei suoi *Opp.* Bassano, 1783, t. III, p. 179. - Fra'moderni si distingue: Bœhmero, *Princip. Jur. Can.* §. 389. - Glück, *Comment.* t. XXIII, §. 1209. 1210. - E. A. Laspeyres, *Diss. Canon. comp. et nupt. propter sanguinis propinq. ab ecclesia christ. prohib. sistens historiam.* Berolini, 1825.

(3) Fr. 1, §. 3-7; fr. 3, D. XXXVIII, 10.

(4) L'espressione *liberi naturales*, ha doppio significato nel romano diritto. Designa: 1. I figli nati da concubina, in contrapposto ai figli legittimi; per esempio, *tit. C. de naturalibus liberis* (V. 27). Nov. 89, C. 12. - 2. I figli procreati, in contrapposto agli adottivi; per esempio, §. 2, J. III, 1.

(5) §. 12, J. I. 10. - Fr. 23, D. I, 5.

(6) Presso i romani, *frater germanus* era il procreato, senza distinguere s'egli era germano (nel senso che vi annettiamo noi) o consanguineo. Sotto quest'ultimo rapporto, gli si contrapponeva il *frater uterinus*, ciò il fratello unilaterale da parte di madre.

(7) I Romani intendevano per *consan-*

nei, uterini) secondochè hanno padre o madre comune. I moderni gli dicono ancora *unilaterales* o *ex uno latere juncti* (1).

§. 139. g. *Della parentela semplice e doppia.*

La parentela è *semplice* o *doppia*. È semplice quando i parenti, non lo sono che per un modo solo; è doppia allorchè lo sono in più modi. Questa seconda parentela ha luogo:

1. Allorchè persone fra loro parenti, o per lo meno;
2. Parenti con un terzo comune, procreano figli;
3. O quando una sola e medesima persona procrea dei figli con due persone fra loro parenti.
4. O infine quando due persone parenti fra loro, procreano figli con due altre persone egualmente parenti (2). Bisogna guardare dal confondere la parentela semplice, abbenchè sia generalmente riguardata come doppia. V. Haimb. §. 63.

§. 140. 5. *Dell'affinità.* — a. *Nozione.*

L'affinità (*affinitas*) è il vincolo che si stabilisce, pel matrimonio, fra uno dei congiunti e i parenti dell'altro (3). Essa è basata sulla unità degli sposi, la quale colloca ognuno di essi di fronte ai parenti in un rapporto eguale a quello della parentela. (1)

§. 141. b. *Gradi dell'affinità.*

Per vero, l'affinità, che nasce solo pel matrimonio non ha gradi (4). Ma l'idea dell'unità degli sposi, che è base dell'affinità, per cui l'uno dei conjugi si avvicina ai parenti dell'altro, in quanto questi, ha fatto determinare per gradi (5), la distanza della affinità, secondo l'appresso regola: *Si appartiene a uno dei conjugi nel medesimo grado in cui si è parenti dell'altro* (6).

§. 142. b. *Del domicilio.* — a. *Nozione del domicilio.*

Il *domicilio* (*domicilium*) è il luogo in cui si stabilisce continua residenza (7). Il domicilio è volontario (*domicilium voluntarium*) allorchè la scelta di lui dipende dalla nostra volontà; è necessario, (*domicilium necessarium*) allorchè per necessità di legge, siamo costretti a stabilirci in luogo determinato.

A. Due condizioni si richiedono, a fine di stabilire il domicilio volontario:

1. È necessario che taluno realmente fissi il suo domicilio in un luogo;
2. Ch'egli abbia intenzione di dimorarvi, fintantochè particolari motivi, non lo determinino ad abbandonarlo. L'uno di questi due elementi

(1) Il vincolo che unisce gli sposi non è nè di parentela nè d'affinità: esso è affatto particolare. —

guineus l'agnato il più prossimo possibile, in conseguenza anco il fratello germano. §. 1, J. III, 2. - Fr. 2, pr. D. XXXVIII, 16. - Gajo, III, 14.

(1) Giustiniano chiama i fratelli e sorelle germane: *ex utroque parente conjuncti*, e i consanguinei e uterini: *ex uno parente conjuncti sive per patrem solum sive per matrem*. Novella 118, c. 2, 3. - Cpr. fr. 10, §. 13, D. XXXVIII, 10.

(2) La parentela doppia può ancora stabilirsi per l'aggiunzione della parentela naturale alla parentela civile; per esempio, quando un ascendente adotta il suo discendente.

(3) Fr. 4, §. 3, D. XXXVIII, 10. - Non esiste vincolo più forte fra i conjugi che fra i parenti loro. Cap. 5, X, 4, 14.

(4) Ciò viene confermato dal fr. 4, §. 5, D. XXXVIII, 10, esprimendosi: « *Gradus affinitatis nulli sunt* ».

(5) Il Giureconsulto Paolo, fr. 10, pr. D. ibid. poteva dunque dire: « *Jurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet* ».

(6) C. 3, C. XXX, quest. 5. - C. 13, 14, C. XXXV, quest. 2.

(7) Dig. L, I. - Codice, X, 39. - Glück, *Comm.* T. VI, §. 512-514. - Colui che non ha domicilio fisso, in diritto, si dice un *vagabondo*.

senza l'altro non basta (1), e l'uno e l'altro si vogliono pel *cambiamento del domicilio* (2).

B. Domicilio necessario è: per gli esiliati il luogo dell'esilio (3); pei militari, il luogo della guarnigione (4); per gli impiegati pubblici, il luogo dell'impiego; per le donne maritate il domicilio del loro marito (*domicilium matrimonii*) (5), e pei figli, finchè sono sotto la patria potestà, il domicilio del padre loro, se non l'hanno altrove stabilito per consentimento paterno (6).

§. 143. b. *Della presenza e dell'assenza.*

I. Quanto al domicilio, l'uomo è *presente* o *assente*. L'assente è colui che non è nel luogo del suo domicilio; nullameno è spesso riguardato come assente, colui che sebbene nel luogo del suo domicilio, pure per un ostacolo qualunque, come per fallo o prigionia, ha impedito l'esercizio legale dei suoi diritti (7). Quindi l'assenza dal domicilio, è *volontaria* o *necessaria*, e nell'una e nell'altra specie, la causa giusta o per lo meno non biasimevole, o la causa disonesta, spiegano quasi sempre influenza, in onesta, in non biasimevole, e in disonorante (8).

II. Relativamente alla *prescrizione*, le parti diconsi *presenti* allorchè entrambe hanno il loro domicilio nella provincia medesima, *assenti*, allorchè sono domiciliati in provincie differenti (9).

III. Quanto alla presenza necessaria in un affare giuridico, il furioso e il pazzo si considerano come assenti, perchè in generale sono incapaci di deliberarsi ad un atto giuridico qualunque (10).

§. 144. 7. *Dello stato e della professione.*

La diversità dello *stato* e della *professione* spiega egualmente una grande influenza sul diritto privato. Il diritto romano accordando certi privilegi al militare, (*miles*), ha soprattutti favorito lo stato militare (11). Fra i soldati che hanno diritto a questi privilegj, sono da contare i marinaj sulle flotte, ma non i congedati, non le reclute, nè altre persone impiegate all'armata, senza che siano punto soldati (12). Coloro che non si davano alla professione delle armi, si dicono in diritto romano: *pagani* e qualque volta ancora *privati* (13).

§ 145. 8. *Della Religione* (14).

Gli uomini, secondo la religione, cui appartengono, sono, o cristiani (*fideles*), o non cristiani (*infideles*). I cristiani si distinguono in ortodossi (*orthodoxi catholici*) e in eretici (*hæretici*). Gli eretici sono coloro che non ricono-

(1) Fr. 17, §. 13, D. L, 1: « Sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit ». - Cpr. fr. 27, §. 1, D. ibid. - Const. 7, C. X, 39.

(2) Fr. 20, D. ibid.: « Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione ».

(3) Fr. 22, §. 3; fr. 27, §. 3, D. ibid.

(4) Fr. 23, §. 1, D. ibid.

(5) Fr. 22, §. 1; fr. 38, §. 3, D. ibid. - Cpr. fr. 5, D. XXIII, 2. - Fr. 65, D. V, 1. - Const. 9. C, X, 39.

(6) Fr. 3, 4, D. L, 1. Il fr. 6. §. 1, ibid. non è contrario, poichè questo passo non parla evidentemente che del *forum originis* dei Romani.

(7) Fr. I, §. 1; fr. 9, 10. 22, §. 2, D. IV, 6.

(8) Cpr. Dig. IV, 6. - Glück, *Comm.* T. IV, §. 467 e seg.

(9) Const. 12. C. VII, 33. - Cost. un. C. VII, 31. - Nov. 119. c. 7.

(10) Fr. 124, §. 1, D. L, 17. - Fr. 209, D. L, 16. - Fr. 2, §. 3, D. XXIX, 7.

(11) Dig. XXIX, e XLIX, 16. - Codice, XII, 36.

(12) Fr. un. §. 1, 2. D. XXXVII, 13. - Fr. 4, 42, D. XXIX, 1. - Cost. 16. C. VI, 21.

(13) Per esempio, 19, Cost. C. II, 3. - Cost. I, C. IX, 24. - Cpr. Lampridius, *In vita Alexandri Severi*, c. 58: « nec unquam ad *privatos* pertinerent ».

(14) Zimmern, T. I, §. 130.

scono i dogmi dei Sinodi ecumenici (1). Fra i non cristiani si distinguono, i *giudei* e gli *apostati (apostatæ)*. Le leggi degli imperatori romani cristiani racchiudono disposizioni eccessivamente severe contro gli apostati o gli eretici (2). La posizione civile dei giudei fu ed è sempre differentissima (3).

§. 146. IV. *Come termini l'esistenza di una persona.*

L'esistenza d'una persona ha fine colla morte, sia *fisica* (4), sia *civile*. Relativamente alla vita e alla morte di un uomo, è da rimarcare:

I. Per regola, la vita, e la morte di un uomo non si presume mai; chi pretende che un uomo sia esistito, dee presentarne le prove, e allorchè ciò è avvenuto, egli presumesi vivo finchè la morte non sia provata (5). Nullameno secondo il diritto comune vigente in Alemagna, l'assente dalla patria, e senza nuove di sua vita, può essere da sentenza dichiarato morto, sulle istanze degli interessati, provando che egli avrebbe 70 anni, ove fosse ancora in vita (6).

II. Se più persone muojono nella medesima epoca (7), senza potersi determinare quale fra loro è mancata prima, bisogna distinguere:

a) Si tratta di figli e genitori, senza distinzione di genere di morte, allora il figlio impubere si reputa morto prima che i genitori, il pubere dopo (8).

b) Se trattasi di persone differenti, e se il diritto di una di esse è di sua natura subordinato alla condizione della morte dell'altra, (per esempio, in caso di successione o di legati), questo diritto non può invocarsi, senza provare primieramente la morte dell'altra persona (9); ma una persona ha ricevuto da un'altra una cosa di cui l'acquisto irrevocabile dipende dalla non revoca dell'atto, sua vita durante, allora, il donatore presumesi morto il primo, e non vi ha più luogo a richiedere ciò che è stato donato; tale è la donazione fra i conjugi (*donatio inter virum et uxorem*), e la donazione a causa di morte *(donatio mortis causa)* (10).

---

(1) Nov. 131, C. 1.

(2) Cod. I, 5, 7, 9, 11. - Cod. Theod. XVI, 7, 8, 10. - Tit. X, 5, 7.

(3) C. G. Haubold, *Orat. de statu Judæorum publico sub imperio romanorum.* Lips. 1819. In ejusd. *Opusc.* ed. Wenck et Stieber, vol. 11, pag. 457. Dav. Henr. Levyssohn, *Diss. de Judæorum sub Cæsaribus conditione et de legibus eos spectantibus.* Lugd.-Bat. 1828.

(4) Dicesi ordinariamente morte *naturale*; ma questa espressione è spesso contrapposta alla morte *violenta.*

(5) Leyser, *Medit. ad Pandect.* Spec. 95 e 96. - Hofacker, *Princ. jur. rom. germ.* §. 1681, parlano della prova della morte.

(6) Il diritto romano indica qualche volta l'età di anni 100 come la più lunga; ma il fr. 56, D. VII, 1, non designa che la durata di un usufrutto concesso a una comunità, e la cost. 23, pr. §. 1, C. 1, 2, parla della prescrizione, la quale corre contro le Chiese e le pie istituzioni; questi due passi non attengono dunque a questa materia.

(7) G. Tobia. *De rationibus decidendi Jctor. romanorum in dubiis ex incerto mortis instante commorientium.* Traj. ad Rhen. 1810. - Glüek, §. 4. - Th. Gædeke, *De jure commorientium ex disciplina romanorum.* Rostochii et Gustrovii, 1830.

(8) I passi seguenti offrono spesso applicazioni di tal presunzione; fr. 9. §. 1, 2, 4; fr. 16, pr.; fr. 23, D. XXXIV, 5. - Fr. 26, pr. D. XXIII, 4. - Il fr. 17, §. 7, D. XXXVI, 1, presenta un' eccezione.

(9) Il fr. 9, pr.; fr. 16, 17, 18, pr. D. XXXIV, 5, contengono delle applicazioni.

(10) Fr. 8; fr. 9, §. 3, D. XXXIV, 5. - Fr. 32, §. 14, D. XXIV, 1. - Fr. 26, D. XXXIX, 6.

CAPITOLO SECONDO

Delle Persone giuridiche.

§. 147. I. *Nozione della persona giuridica in generale.*

Tuttociò, che in uno stato, oltre l'uomo, riguardasi come capace veramente ad aver diritti, è una persona *giuridica*, *morale* o *fittizia* (1). Sono da noverarsi fra le persone morali: Lo stato; il principe, riguardato come detentore del potere sovrano (2); ogni impiego pubblico considerato sotto il rapporto dei diritti che gli sono annessi, e il tesoro pubblico, o fisco; quindi le comunità d'ogni specie, tutte le pie congregazioni *(piæ causæ)* riconosciute e autorizzate dallo stato, infine l'eredità d'un defunto da molto tempo senza che nessuno erede siasi presentato *(hæreditas jacens)* (3).

§. 148. II. *Delle Comunità in particolare* (4).

Una comunità (*universitas*, *corpus*, *collegium*) è la riunione di più persone per un fine, la di cui durata oltrepassa per regola generale la vita dei membri associati, autorizzata dallo stato e riconosciuta come una persona morale. La comunità *considerata come un tutto*, si personifica, e presentasi come capace di acquistar dei diritti di per sè, e intieramente distinta dai suoi membri, riguardati come persone fisiche.

1. Una comunità di tal fatta non può aver vita, che per autorità dello stato, e il diritto romano esige, il concorso di tre persone, almeno, per la istituzione di lei. Questo numero più non si richiede per la sua continuazione (5).

2. Una volta legalmente costituita, una comunità rimane sempre la medesima persona morale, per quanto i membri che la compongono, vengano a cangiarsi (6).

3. Una comunità può, come persona morale, possedere e acquistare dei diritti, e tutti i diritti indispensabili alla sua esistenza le appartengono, dal momento in cui venne validamente costituita. Ella ha dunque il diritto di ricevere dei nuovi membri, di nominare dei capi ed altri agenti, di avere una cassa comune, e di formare degli statuti (7). Al presente si accordano egualmente alle comunità i di cui interessi sono amministrati da dei capi, i diritti accor-

---

(1) Schweppe, *Rœm. Privatrecht*, 4. ed. P. 1. §. 77-83.

(2) Fr. 56, 57, D. XXXI. - Fr. 20, §. 1, D. XXXIII, 1. - Nov. 134, c. 6.

(3) Fr. 34, D. XLI, 1. - §. 2. J. II, 14. - Fr. 31, §. 1, D XXVIII, 5. - Fr. 22, D. XLVI, 1.

(4) Dig. III, 4; XLVII, 22; L 1, 4, 5, 6, 8. 9. - Codice X, 40-68; XI, 29-39. - Wassanær, *Diss. ad tit. Dig. de colleg. et corp.*; in Fellenberg. *Jurispr. antiq.* T. 1, p. 397. - C. S. Zachariæ, *Lib. quæst.* - Viteb. 1805, quest 10. - Zimmern, T. 1, §. 131.

(5) Fr. 1, pr. §. 1; fr. 3, §. 1, D. XLVII, 22. - Fr. 1, pr. D. III, 4. - Fr. 85. D. L, 16: « *Neratius Priscus tres facere existimat collegium* ». Fr. 7, §. 2. D. III, 4.

(6) Fr. 7, §. 2, III, 4. « In universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri: quum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis ».

(7) Fr. 1, §. 1, D. III, 4. - Cpr. fr. 1, §. 2; fr. 18, D. L, 4.

dati ai minori (*jura minorum*) (1). Il principe può in oltre conferire a una comunità altre prerogative, per esempio, una giurisdizione particolare, un diritto di successione alla eredità vacante, di alcuno dei suoi componenti, privilegj e altre franchigie (2).

4. E come una comunità può avere dei diritti attivi sovra beni, cioè la proprietà, dei diritti reali e dei crediti, così ella può contrarre obbligazioni. Tuttavolta, questi diritti, e obbligazioni non appartengono già ai membri della comunità individualmente presi, ma alla società, considerata come persona morale (3), per quanto possano essi avere un diritto di godere dei beni della comunità, secondo la loro particolare destinazione (4).

5. Gl'interessi della comunità, che si rapportano al fine comune da lei proposto, ed ai suoi beni, si decidono dalla persona morale della comunità, che pronunzia giusta la decisione da lei presa (*conclusum universitatis*). Il modo di giugnere a una decisione dipende, in primo luogo, dagli statuti della comunità, e nel caso in cui questi nulla abbiano determinato in proposito, tutti i membri che hanno voce deliberativa, debbono essere convocati; la decisione della maggiorità dei membri presenti, forma la volontà della comunità, cui i discordanti e gli assenti debbono conformarsi (5). In guisa tale possono riguardarsi le decisioni sull'alienazione e divisione dei beni comuni fra'membri dell'associazione, osservando pur sempre le regole tracciate dalla legge per l'alienazione dei beni dei minori (6).

6. Una comunità ha fine allorchè perde tutti i suoi membri, o quando uno stato ne ordina lo scioglimento (7). In tali casi, se essa fu istituita per un fine di pubblica utilità, i suoi beni appartengono allo stato; ma se ella non avea che un fine particolare, le sue proprietà si dividono fra'membri di cui si compone all'epoca del suo scioglimento.

§. 149. III. *Del Fisco.*

Il tesoro pubblico, opposto al patrimonio particolare del principe, si dice *Fisco* (8), il quale è sempre consi-

---

(1) Arg. Cost. 3, C. XI, 29. - Cost. 4, C. II, 54. - Cost. 3, C. XI, 31.

(2) Cost. 8, C. VI, 24.

(3) Fr. 7, §. 1, D. III, 4: « Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas, singuli debent ». §. 2, J. II, 1. - Fr. 6, §. 1, D. I, 8.

(4) Questi beni diconsi allora: *res universitatis* in senso stretto, in contrapposto al *patrimonium universitatis*, di cui ogni membro non può far uso, ma le di cui rendite servono a soddisfare ai bisogni della comunità.

(5) Fr. 160, §. 1, D. L, 17. - Cost. 5. C. X, 63. - Cost. 3, C. XI, 31. - Nov. 120, c. 6, §. 1, 2. - Cap. 1, 3, 4, X. 3, XI. - Cap. 42, X, 1, 6. È opinione generale che per la decisione di una comunità, allorchè la costituzione non ha niente stabilito, i due terzi dei membri debbano esser presenti, di cui la maggiorità allora decide. - Glück, *Comm.* P. I, §. 91. - Il fr. 19, D. L, 1; fr. 3, 4, D. III, 4; fr. 3, D. L, 9; Cost. 2, 46, c. X, 31, su cui s'appoggia, non parlano che delle curie nei municipj romani. La Cost. 46 citata « *nominationum* » in alcune edizioni è la costit. 45.

(6) Le opinioni dei Giurecosulti sono oltre modo divise intorno al sapere, in qual maniera la divisione dei beni comuni fra'membri della comunità, o un semplice cangiamento nel godimento, possa essere risoluto ed eseguito. Vi sono autori che esigono sempre la unanimità delle voci di tutti i membri della comunità; altri non richiedono che la maggiorità delle voci. Altri ancora concedono a tutti i membri il diritto di domandar la divisione. - Noi opiniamo che sia necessario un decreto formale confermato dal principe.

(7) Fr. 7, §. 2, D. III, 4. - Fr. 21, D. VII, 4.

(8) Paolo, *Rec. Sent.* V, 12. - Dig. XLIX, 14. - Cod. Theod. X, I. - Cod. Just. X, I. *Fragm. vet. Jcti de jure fisci.* - M. A. Peregrinus, *De jure et privil. fisci.* Col. Agripp. 1663.

derato in diritto, come una persona morale. Non solo esso ha diritto a tutte le rendite ordinarie e straordinarie dello stato, cui appartengono ancora i beni vacanti (*bona vacantia*), ma ancora a molte altre prerogative e privilegj (1), i quali indicheremo ogni volta che la materia lo richiederà. Basti ora dar questa regola generale, che nelle contestazioni che sorgono fra'sudditi e il fisco, bisogna sempre in caso di dubbio, pronunziare *contro il fisco* (2).

§. 150. IV. *Degli stabilimenti di beneficenza.*

Uno stabilimento di beneficenza (*pia causa*) è in generale ogni istituzione fondata a fine di propagar la pietà, di soccorrer persone indigenti, di istruirle e allevarle, o di diffondere le arti e le scienze (3). Ma questi stabilimenti non possono venire riguardati come persone morali, se non se quando lo stato gli ha autorizzati e confermati, e come tali riconosciuti (4); in caso contrario non hanno alcuna capacità legale e non possono acquistar nulla. Nullameno, l'autorizzazione dello stato può essere posteriore alla fondazione dello stabilimento, ed essa acquista allora un effetto retroattivo fino all'epoca della fondazione (5). Una volta confermato dallo stato e riconosciuto come persona morale, uno stabilimento di beneficenza può non solo posseder diritti d'ogni sorta, acquistar tra'vivi (*inter vivos*) a causa di morte (*mortis causa*), ma gode nel tempo stesso dei privilegj accordati ai minori, sia per la restituzione in intero (*restitutio in integrum*) sia per l'alienazione dei suoi beni (6).

---

(1) Questi privilegj appartengono ancora per diritto romano, al patrimonio del principe e della principessa. Fr. 6, §. 1, D. XLIX, 14. - Cost. 3, C. VII, 37. - Brissonius. *De V. S.* sub voce: *ratio.*

(2) Fr. 10, D. XLIX, 14. - Cpr. Nov. 161, c. 2, et Edict. Justin. 4, c. 2, §. 1.

(3) Codice I, 3. - Novella, 120.

(4) Vi sono dei Giureconsulti moderni i quali hanno voluto sostenere che secondo l'espressione della Cost. 46, pr. C. I, 3, potevasi di privata autorità, fondare pii stabilimenti tanto per istituzione dell'erede che per legati; ma è da osservare che questa cost. non è glossata e non è che una *lex restituta* (§. 70).

(5) Uno stabilimento pio, fondato e istituito per testamento, deve dunque venir riguardato come capace di succedere, quando anche l'autorizzazione, fosse posteriore alla morte del testatore; Arg. fr. 62, pr. D. XXVIII, 5.

(6) Cost. 35 in fine; ibid. - Cost. 23, pr. c. 1, 2. - Nov. 120, c. 1, §. 2. - C. I, 3, X. I, 41.

SEZIONE TERZA

Delle Cose.

§. 151. *Delle cose in generale.*

V' ha chi comprende nella parola *res* tutto ciò che forma il patrimonio dei particolari (*quod est in bonis vel actionibus*) (1). Altri s'avvisa che la parola *res* ricevesse carattere dal modo d'acquisto (*mancipatio*, *in jure cessio*, *traditio*, *usucapio*), nei tempi precedenti a Cicerone. Pare a noi che nella sua origine, la parola *res* non sia stata applicata che a oggetti corporali, e che la legale designazione delle cose non sia stata che la conseguenza di questa idea. Volendo parlare della specie delle cose, l'indicazione stessa dei nostri fonti, ne rimanda sempre a dei *corpora* (2).

§. 152. *Cose incorporali.*

Lo cose incorporali (*res quæ intelliguntur*, contrapposte a *res quæ sunt*) si concentrano nei diritti (3). Ma egli è incerto quali diritti i Romani Giureconsulti abbiano voluto collocare sotto il punto di vista delle cose incorporali; le Istitute ne additano le *servitù* (4), la *successione*, e le *obbligazioni* (5).

§. 153. *Delle cose mobili e immobili.*

Le cose corporali sono *mobili* (*res mobiles*) o *immobili* (*res immobiles*).

Le cose mobili sono quelle che possono trasportarsi da un luogo all'altro, senza che vengano danneggiate nella loro sostanza e forma (6).

Le cose immobili sono:

1. Quelle che, *per la loro natura*, è fisicamente impossibile di traslocare, come i fondi (*prædia rustica*, *fundi*), o che non possono trasportarsi da un luogo all'altro senza deteriorazione, come gli edificj (*prædia urbana*, *ædificia*) (7).

2. Vi sono delle cose mobili, che sotto il rapporto legale, si considerano come immobili: sono esse, quelle che per natura o arte, sono talmente connesse a una cosa immobile, che

---

(1) Quindi, le cose che non sono in commercio (*res extra commercium*) sono escluse, ma le obbligazioni vi son comprese. È ciò che indica su tutto il titolo 2 dell'Ist. Lib. II, anco Teofilo.

(2) Gajo, II, t. 17. - Ist. II, titolo 1. - Dig. I, 8.

(3) Ist. II, titolo 2. fr. 1, §. 1, D. I, 8.

(4) Egli è certo che i Romani davano il nome d'*jura* alle servitù. Fr. 30, D. IX, 4. - pr. 13, §. 1; fr. 19, pr. D. XXXIX, 2.

(5) §. 2, J. II, 2. - Teofilo sui citati §. 2 e 3. - fr. 1, §. 1, D. I, 8. - fr. 1, §. 7, D. XXXV, 2. - Cicerone, *Top*. ca. 5. - Seneca, *Epistola*, 58. - Altri Giureconsulti comprendono egualmente fra le cose incorporali, quelle che sono corporali secondo la loro specie, e che non formano obietto di diritto che secondo il lor genere. Mühlenbruch, *Doctrina Pand.* §. 91.

(6) Se esse muovonsi mediante la loro propria forza, si dicono anche *se moventi*; come gli schiavi e gli animali. Cpr. fr. 93, D. L, 16.

(7) Cpr. fr. 115, 211, D. ibid. - Fr. 60. D. XLI, 1.

ne divengono parte (1), o che per destinazione servono perpetuamente d'uso a una cosa immobile (2). In tal caso si richiede che realmente s'impieghino pel fine cui sono destinate, e che non siano disgiunte dalla cosa immobile; senza tal condizione, non potrebbero esse venir considerate come immobili (3). Le cose mobili di questa specie, riguardate nel lor rapporto colle cose immobili cui attengono, si dicono *accessorie* (§. 153).

§. 154. *Del genere, e della specie* (genus et species). — *Delle cose fungibili e non fungibili.*

Nel linguaggio del diritto, intendesi per *genere* (*genus*), piuttosto una cosa individuale designata secondo il genere cui appartiene, e formante come tale, l'oggetto del diritto, che tutto un genere di cose. La *specie*, al contrario (*species*) è una cosa particolare, determinata secondo il suo individuo (4). Da questa distinzione nasce la divisione delle cose in *fungibili* e non *fungibili*, le idee delle quali sono interamente relative.

In fatto, una cosa è fungibile allorchè nel rapporto legale, di cui è oggetto, si considera piuttosto nel suo genere o quantità, che nella sua specie, a talchè è necessario renderla nel suo genere (*in genere*) o nella stessa quantità e qualità (*in eodem quantitate et qualitate*) (5).

Una cosa è non fungibile, allorchè è considerata nella sua specie, e in specie deve rendersi (*in specie*) (6).

1. Quindi è assurdo riportare questa divisione alle sole cose mobili, giacchè le immobili possono venire egualmente considerate come fungibili; così nel legato che io faccio di un fondo di una estensione determinata, o d'una mia casa (§. 710).

2. Egli è pure assurdo il dire che le cose, le quali nel commercio giornaliero, sono ordinariamente misurate, contate, o pesate (*quæ pondere, numero vel mensura constant*) sono sempre cose fungibili; in fatto, comunque lo siano ordinariamente, pur non ostante possono presentarsi come cose non fungibili (7).

3. Infine, è assurdo confondere totalmente le cose fungibili, colle consumabili (*quæ usu consumuntur*); perchè, sebbene generalmente le cose consumabili possano rimpiazzarsi (*in genere suo functionem recipiunt*), nullameno possono venir considerate come non fungibili, ed egualmente cose non consumabili, possono considerarsi come fungibili (8).

---

(1) Per esempio, l'albero che ha messo radici in un fondo, i frutti ancora pendenti, e tuttociò, che in un edifizio è affisso a perpetua dimora (*vincta, fixa*). Fr. 44, D. VI, 1: « fructus pendentes pars fundi videntur ». Cpr. fr. 13, §. 31. fr. 15; fr. 88, §. 2, D. XXIX, 1.

(2) Fr. 17, §. 7, D. ibid. - Cpr. fr. 17, pr. D. ibid. - Fr. 242, §. 2, D. L, 16.

(3) Fr. 17. §. 10, 11; fr. 18, §. 1. D. XIX, 1. - Fr. 66, §. 2, D. XVIII, 1. - Fr. 41, §. 12, D XXX, fr. 242, §. 4, D. L, 16.

(4) Fr. 54, pr. D. XLV, 1. - Fr. 30, §. 6, D. XXX.

(5) Le cose, considerate sotto questo rapporto, son dette nel fr. 2, § 1, D. XXII, 1: « in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem, quam specie ». Da ciò è derivata la parola non romana *res fungibiles*. Cpr. e pr. J. III, 14. (15) - L'espressione *res usu consumptibiles* s'incontra nella traduzione latina d'un codicillo greco, al fr. 101, pr. D. XXXII.

(6) Aug. Frid. Schott, *Pr. de rebus, quæ functionem recipiunt*. Lips. 1767 e nei suoi *Opusc.* p. 212.

(7) Per esempio, fr. 30, §. 6, D. XXX: « si legetur pecunia, quæ in arca est, vel vinum quod in apothecis est. ». La *moneta* ci dimostra nel modo il più manifesto che l'idea delle cose fungibili è relativa. Cpr fr. 24, D. XVI, 3. - fr. 34. §. 4, D. XXX. - Fr. 4, D. XIII, 6. - Fr. 37, D. XLV, 1.

(8) Per esempio, allorchè un cavallo è stato legato in genere, o allorchè deve esser liberato; lo stesso avviene dei libri in foglio.

§. 155. *Delle cose individuali e delle universalità di cose* (universitates rerum) (1).

Una o più cose individue, considerate in se stesse, e come tali, si dicono nel linguaggio del diritto, *res singulæ* o *singulares*; queste sono *semplici*, allorchè si compongono di parti della medesima specie, naturalmente insieme concatenate (*corpus quod in spiritu continetur s. unitum*), come un animale, una pietra; sono composte, allorchè il lor tutto è formato di più e diverse parti (*corpus quod ex contingentibus constat s. connexum*), come una casa, un vascello.

Quando più cose individue, distinte l'une dall'altre, possono sotto un legale rapporto considerarsi come un tutto (*corpus quod ex distantibus constat*), formano esse allora una università di cose (*universitas rerum*) (2). Si distingue la *università di fatto*, *dalla università di diritto*, (*universitas facti*, *universitas juris*). La prima è l'insieme delle cose corporali della specie medesima, che si presentano come un tutto; per esempio, una greggia, un magazzino (3); la seconda per lo contrario, è un tutto composto di cose di specie differenti, tanto corporali che incorporali, e che prese insieme risultano come formanti un patrimonio; come un'eredità, un peculio (4). Questa distinzione non va soggetta a obiezione, ma più non apparisce giusta, allorchè si sostiene che la regola seguente s'applica in tutti i casi all'università del diritto, senza che sia l'istesso della università di fatto: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*, cioè tutto ciò che si acquista per le cose individue, che compongono la università, appartiene a lei e può essere reclamato da colui che vi ha diritto; questa regola, diciamo noi, non si applica alla università del diritto, che allor quando è l'oggetto d'una successione universale (5), ma non quando è oggetto d'una successione, particolare (6).

§. 156. a. *Delle cose divisibili e indivisibili.*

Le cose sono *divisibili e indivisibili.*

1. Una cosa corporale è *fisicamente divisibile*, allorchè senza essere interamente distrutta, può dividersi in porzioni reali, di cui ciascuna, dopo la divisione, forma un tutto particolare e indipendente. Le parti distinte d'una cosa, così divisa, si appellano, nel linguaggio del diritto romano, *partes certæ*, e coloro che le posseggono, posseggono *pro diviso*.

2. Una cosa è *legalmente* divisibile, senza far distinzione, se la divisione sia o no possibile, allorchè più persone possono possederla *in comune*, cioè per porzioni *intellettuali (partes incertæ)*. Esse posseggono allora *pro indiviso*, o *rem habent communem* (7).

Una cosa è *legalmente indivisibile* allorchè in diritto non si può concepire l'idea di parte (8).

(1) Mühlenbruch, *Observ. juris* rom. Regiom. 1818, cap. 1.

(2) Fr. 30, pr. D. XLI, 3. - Fr. 23, §. 5, D. VI, 1.

(3) §. 18. J. II, 20. - Fr. 13, pr.; fr. 34, D. XX, 1. - Fr. 1, §. 3, D. VI, 1. - Fr. 70, §. 3, D VII, 1

(4) §. 6, J. II, 9. - fr. 1, §. 1, D. XLIII, 2. - fr. 13, §. 8, D V, 3.

(5) Così nominatamente nel caso dell'eredità, fr. 20, pr. §. 1, 2, 10, 12; fr. 22, D. V, 3. - Nel caso del peculio non è applicabile che quando trattasi d'accusa per ragione di successione e dell'*actio* de peculio. Fr. 5, §. 5, 11, 14, D. XIV, 4. - Cost. 1, c. XII, 37.

(6) Fr. 56, D. VI, 1. - Fr. 32, §. 2, D. XV, 1. Cost. 6, C III, 32.

(7) Esempj: fr. 8, D. VI, 1. - fr. 6, §. 1, D. VIII, 4. - fr. 25, §. 1, D. L, 16.

(8) È il caso delle servitù. Fr. 17, D. VIII, 1.

§. 157. b. *Delle cose esistenti e future* (Res existentes et futuræ).

Considerate sotto il rapporto della loro esistenza, le cose sono o esistenti (*res jam existentes*), o future (*res futuræ*), allorchè la loro esistenza è sempre un' espettativa: poco poi importa che esse dipendano dal corso ordinario della natura, come dalla produzione di frutti, o dall'azzardo, come nella pesca (1).

§. 158. *Della cosa principale e della cosa accessoria.*

Una *cosa principale* (*res principalis*) è quella che può esistere da se stessa e per se stessa; tutto ciò che attiene a una cosa principale, o che a lei va connessa, dicesi *cosa accessoria* (*res accessoria*). Appartiene alle cose accessorie ciò che il diritto romano intende per *causa rei*, e le spese che si sono fatte per una cosa (*impensæ in rem collatæ*).

§. 159. A. *Causa rei.* — 1. *Delle accessioni.*

Per *causa rei s. omnis causa*, viene significato nel romano diritto, tutto ciò che colui, il quale rivendica la cosa principale, ha diritto di esigere dall' altro, e specialmente ciò che avrebbe lucrato se il suo avversario non avesse ritenuto la cosa. A tale, categoria si riferiscono le *accessioni e i frutti* della cosa (2).

Tutto ciò che di corporale o incorporale (3), è annesso esteriormente a una cosa, e che vi è stato aggiunto, o per forza di natura o per umana volontà, in guisa da farlo riguardare come parte e dipendenza della cosa, dicesi *accessione*. Le *pertinenze* d'una cosa sono una specie d'accessione (4). Intendonsi però quelle cose che sono connesse a un' altra, colla intenzione di farle servire a uso continuo di lei. La legge o la volontà dell' uomo, dà a una cosa la qualità di pertinenza (5), che solo vien meno per una completa separazione dalla cosa cui serve (6). Quindi tanto le cose mobili che l'immobili, possono avere pertinenze (7), e le pertinenze delle immobili, possono essere, mobili, immobili o incorporali (8). Quanto alle pertinenze non deve perdersi di vista il seguente generale principio: disponendo sempre della cosa principale, si dispone pure dell'accessoria, a meno che non sia stato espressamente stipulato il contrario (9).

§. 160. 2. *Dei frutti.*

Nel *senso proprio* della parola, i *frutti* (*fructus*) non sono che le produzioni corporali, organiche d' una cosa (10). Se i frutti sono annessi alla cosa che li produce, per lungo tempo,

---

(1) Fr. 15, pr. D. XX, 1. - Fr. 11, §. 3, D. XX, 4. - fr. 8, pr. §. 1; fr. 34, §. 2, D. XVIII, 1. - fr. 11, §. 18, D. XIX, 1. - fr. 73, D. XLV, 1. - Fr. 17, pr. D. XXXII. - §. 7. J. II, 20

(2) Fr. 20, D. VI, 1. - Fr. 35, 75, 246; §. 1, D. L, 16. Fr. 31, pr. D. XII, 1.

(3) Alle accessioni incorporali appartengono i *diritti* inerenti a una cosa: fr. 47-49; fr. 78, pr. D. XVIII, 1, o quelli che debbono assicurare altri diritti, fr. 91, §. 4. D XLV, 1. - fr. 43, D. XLVI, 3. - fr. 71, pr. D. XLVI, 1. - § 5, J. III, 20, (21).

(4) Val. Jo. Boselin, *Theoria generalis de pertinentiis.* Gœtt. 1782.

(5) Fr. 13, §. 31; fr. 14-18, D. XIX, 1.

(6) Fr. 17, §. 11, D. XIX, 1. - fr. 41, §. 12, D. XXX. - fr. 242, §. 4, D. L, 16.

(7) Fr. 66, D. XXXII. - fr. 15. D. XXXIII, 6.

(8) Fr. 20, §. 7, D. XXXIII, 7. - Fr. 31. D. XXXIII. - fr. 47-49; fr. 78, pr. D. XVIII, 1.

(9) Fr. 13. §. 31; fr. 14-18, D. XIX, 1. - fr. 19, §. 20; fr. 20, D. XXXIV, 2.

(10) Fr. 77, D. L, 16. Il parto della schiava *(partus ancillæ)* non si tiene, per diritto romano, in conto di frutti. ma d'accessioni; fr. 28, §. 1, D. XXII, 1. - §. 37, J. II, 1. - In altri luoghi la parola *fructus* indica ancora il diritto di percipere i frutti della cosa altrui; per esem-

si dicono frutti pendenti sui rami, o in erba (*fructus stantes, pendentes*) (1); in caso contrario si dicono frutti separati, (*fructus separati*), e allorchè, colui che non ha la proprietà di una cosa ma il diritto di far suoi i frutti, li separa e ne prende possesso, come l'affittaiolo e l'usufruttuario, questi frutti si dicono percetti (*fructus percepti*) (2).

Nel *senso improprio*, per frutti, si vuol significare ben anco le rendite provenienti dall'uso o dal godimento della cosa ad altri concessa, come ciò che proviene dal privarsi dell'uso d'una cosa; come le usure, le locazioni, e gli affitti (3).

I frutti, in senso proprio, si appellano al presente *frutti naturali* (*fructus naturales*) (4); tutte le altre rendite che propriamente parlando, non sono frutti, ma che in diritto, vengono riguardati come tali, si dicono *frutti civili* (*fructus civiles*).

§. 161. B. *Delle spese.*

Come l'attore ha diritto d'esigere, tanto la cosa principale, quanto le accessioni e i frutti (*omnem causam rei*), egli è obbligato egualmente di rifondere al convenuto le spese che ha fatte per interesse della cosa (*impensæ in rem collatæ*).

Le spese sono *necessarie* (*impensæ necessariæ*), tostochè sono state fatte per salvar la cosa dalla distruzione, o per preservarla dalla deteriorazione; sono *utili* (*impensæ utiles*), allorquando migliorando la cosa medesima, ne hanno aumentato la rendita; tutte le altre spese fatte per abbellimento della cosa, o pel godimento personale di chi la possiede, sono dette spese *voluttuarie* (*impensæ voluptuariæ*) (5).

Le spese necessarie fatte per la cosa altrui, possono in generale essere richieste da colui che le ha fatte, eccettuata la cosa furtiva (6); non può stabilirsi regola generale sul rifacimento delle spese utili; quanto alle spese voluttuarie, chi le ha fatte, non ha altro diritto che di riprenderle (*jus tollendi*), allorchè dopo il restauro, la cosa presenta ancora qualche utilità, e nel caso che il proprietario, non preferisca dare un risarcimento (7). L'azione di indennità di spese generalmente non ha luogo che quando la legge l'accorda in termini espressi, come nei giudizj divisorj (*judicia divisoria*). In tutti gli altri casi la dimanda di spese ha luogo in via d'eccezione, e di riservo (8).

---

pio: fr. 33, pr. D. VII, 1. - Fr. 57, §. 1. D. ibid. - Fr. 12, §. 2. D. VII, 8.

(1) Fr. 26, §. 2, D. XLVII, 2. - fr. 7, §. 15, D. XXIV, 3. - Fr. 27, pr. D. VII, 1 - Fr. 44, D. VI, 1.

(2) Il fr. 13, D. VII, 4, fa espressamente la distinzione dei frutti in *fructus separati* et *percepti*: « Julianus ait *fructuarii fructus* tunc fieri *cum eos perceperit, bonæ fidei autem possessoris* mox, quum a solo *separati sunt* ». Cpr. fr. 12, §. 5, D. VII. 1. - Fr. 25, §. 1, D. XXII, 1. - Fr. 48, pr. D. LXI, 1. - Savigny, *Recht des Besitzes*, o *Trattato del possesso*, §. 22 a. - I frutti che potevano esser percetti, ma che non lo furono per colpa del possessore (*culpa possessoris percepti non sunt*), diconsi *fructus percipiendi*; §. 2, J. IV, 27. - fr. 62, §. 1, D. VI, 1.

(3) Fr. 29, D. V, 3. - fr. 34, XXII, 1: « Usuræ vicem fructuum obtinent: et merito non debent a fructibus separari ». Il fr. 121, D. L, 16, ci mostra chiaramente, che l'interesse non appartiene che *impropriamente* ai frutti: « Usura pecuniæ, quam percipimus, in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione ». - Cpr. fr. 36; fr. 38, §. 13, D. XXII, 1. - fr. 62, pr. D. VI, 1. - fr. 88, §. 5, D. XXXV, 2.

(4) Si distinguono in *fructus mere naturales* et *industriales*. Cpr. fr. 45, D. XXII, 1. - fr. 48, pr. D. XLI, 1.

(5) Fr. 79, D. L, 16. - Cpr. D. XXV, 1. - Ulpiano, VI, §. 14-17.

(6) Fr. 1, §. 4, D. XXXIII, 4. - Cost. 5, C. III, 32. fr. 15, D. XIII, 1. - Cost. I, c. VIII, 52.

(7) Fr. 38, D. VI, 1. - Cpr. §§. 269, 524, 692.

(8) Fr. 48, D. VI, 1. - fr. 14, §. 1, D. X, 3.

§. 162. *Della divisione delle cose in rapporto alla loro proprietà.* — A. *Delle cose che non appartengono ad alcuno.*

Relativamente alla proprietà, vi sono delle cose che non appartengono ad alcuno (*res nullius*); sonovene altre che si trovano in proprietà d'una determinata persona (*res alicujus*) (1).

Le cose che non appartengono ad alcuno, in senso lato, sono:

1. Le cose comuni a tutti (*res communes omnium*), cioè le cose di cui ognuno può avere il godimento e l'uso, di cui può acquistare parti individue, ma che non può giammai far sue per intero (2).

2. Le cose prive di padrone in senso più stretto, cioè le cose che non hanno mai avuto proprietario, o che avendolo avuto, hanno cessato d'essere in sua proprietà contro sua voglia, e senza esser passate in proprietà d'altrui (3).

3. Le cose abbandonate (*res pro derelicto habitæ*), quelle cioè che sono state abbandonate dal loro proprietario, senza che egli le abbia trasmesse ad altri (4).

§. 163. a. B. *Delle cose private, comuni e pubbliche.*

Le cose che appartengono a una determinata persona, sono o in proprietà d'una o di più persone particolari, e allora si dicono cose *private* (*res privatæ*) (5); o nella proprietà d'una comunità, e allora si dicono *res universitatis* (6); o nella proprietà dello stato, e allora son dette cose *pubbliche* (*res publicæ*). Se in questi due ultimi casi, l'uso e il godimento appartiene a ciascun membro o soggetto della comunità, secondo la particolare destinazione della cosa, si dicono *res universitatis et res publicæ*, in senso stretto (7); ma se la loro destinazione è di servire esclusivamente all'uso della comunità o dello stato, e le rendite si versano nella cassa della corporazione o dello Stato, diconsi allora *patrimonium universitatis* o *civitatis* (8).

§. 164. b. C. *Delle cose che non sono in commercio (res extra commercium).*

Le cose fuori del commercio, sono quelle che i particolari non possono ottenere nè per fatto, nè per diritto; sono esse:

1. Le cose di diritto divino (*res divini juris*) le quali dividevansi in

---

(1) Inst. II, 1. - Dig. I, 8. - Gajo, II, 1, seg.

(2) §. 1, J. ibid. - fr. 2, §. 1, D. I, 8. - fr. 51, D. XVIII, 1.

(3) §. 12, 18, J. ibid. Vi sono molte cose che non appartengono ad alcuno, ma che si credono appartenere a qualcuno (*res quæ nullius in bonis sunt, sed alicujus in bonis esse creduntur*); come le cose pubbliche e le cose di una eredità prima che l'erede sia conosciuto (*res publicæ et res hereditariæ antequam aliquis heres existat*); fr. 1, pr. D. I, 8. - fr. 31, §. 1. D. XXVIII, 5. - fr. 34, D. XLI, 1.

(4) §. 47, J. ibid. - Cpr. D. XLI, 7.

(5) Fr. 1, pr. D. I, 8.

(6) §. 6, J. II, 1. - r. 6, §. 1, D. I, 8.

(7) Fr. 15, D. I, 16. - Sovente presso i Romani l'espressione di *res publicæ* è sinonima a quella di *res communes omnium*; per esempio, nel §. 2, 4, 5, J. II, 1. - fr. 4, 5, D. I, 8.

(8) Il fr. 6, pr. D. XVIII, 1, appella questa specie di beni dello stato: *peculium populi*, e gli contrappone a quelli, *quæ in publico uso habentur, ut Campus Martius*. Cpr. fr. 17. D. L, 16.

sacre religiose e *sante* (*sacræ, religiosæ, sanctæ*) (1).

2. Fra le *res humani juris*, quelle che erano di pubblico diritto (*res publici juris*) e non tanto le *communia civitatum*, come i teatri, i circhi, quanto quelle il di cui uso è pubblico, come il mare, i lidi e i fiumi (2).

---

(1) Le cose sacre erano consacrate alle divinità superiori, mentre le cose religiose erano abbandonate agli Dei mani, Gajo, II, 4; ma Giustiniano non richiama questa origine tutta pagana dalla distinzione che conserva Gajo, II, 4, 8, non distingueva che due specie di cose precisamente appartenenti al diritto divino; la terza specie, quella delle cose sante, non appartiene al diritto divino che impropriamente (*quodam modo*), a causa del rispetto che loro è dovuto, come alle cose sacre e religiose.

(2) Inst. II, §. 1-10.

SEZIONE QUARTA

Dei Diritti, e loro persecuzione.

§. 165. a.

I diritti sono, o *generali* cioè basati sul diritto comune, o *particolari*, cioè introdotti *ex singularitate juris;* noi tratteremo dei secondi nel capitolo secondo.

CAPITOLO PRIMO

Dei Diritti in generale.

§. 165. b.

I diritti possono venir riguardati secondo il modo di acquistarli, conservarli e perderli (1). Il perseguitare i diritti in giustizia è un modo particolare di conservarli, ed è sotto questo punto di vista che i Romani hanno considerato i diritti in pratica. Noi ne parleremo al Capitolo III. In generale, l'acquisto, la conservazione e la perdita dei diritti, procedono o dalla forza della legge (2), o da atti volontarj (3), che si dicono atti giuridici. Questi sono *unilaterali* o *bilaterali,* secondo che la volontà d'una sola persona basta a porli in essere, come, il testamento, o la concorde di più persone si richiede, come il contratto.

§. 166. *Della forma degli atti giuridici.*

L'osservanza della *forma* voluta dalla legge, è necessaria in ogni atto giuridico. La forma è l'insieme delle prescrizioni della legge, dalla cui osservanza dipende in generale la validità d'un atto giuridico. Queste regole riguardano tanto il contenuto e il fine dell'atto, quanto le solennità da osservarsi al momento della sua stipulazione. Le prime costituiscono

(1) Fr. 41, D. I, 3: « Totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo ».

(2) Bisogna ancora collocare ivi le *fictones juris*; tale è la *fictio legis Corneliæ*, di cui parla il fr. 12, D. XXVIII, 1, e il fr. 28, D. XXVIII, 6. - Alteserræ de *fictionibus juris*, edit. nov. cur. J. T. Eisenhart. Halæ, 1769. - Chr. Gmelin, *Diss. de fictionibus jur. rom.* Tüb. 1787. - A. S. Reiding, *Diss. de fictionibus apud Romanos*. Grœuing. 1829.

(3) Fr. 41, D. I, 3: *Autem enim hoc agitur*, quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservat, aut quomodo alienet aut amittat.

la *forma interna*, le seconde la *forma esterna*; tali sono la scrittura, la presenza dei testimonj, il concorso dell'autorità (1).

Per regola generale, il diritto romano non esige formalità esterne (2), ma ove le richiede, la loro osservanza è necessaria a pena di nullità dell' atto (3). Allorchè l' osservanza della forma esterna è rivocata in dubbio, colui che pretende che vi sia, dee provarlo.

§. 167. *Degli elementi costitutivi gli atti giuridici.*

Quanto agli elementi costitutivi un atto giuridico, è necessario fare una triplice distinzione:

1. L'elemento essenziale dell'atto e senza cui non ha vita (*essentialia*); nè vi si può derogare per convenzione (4).

2. L' elemento, il quale diviene *conseguenza naturale* (*naturalia*), supponendo che l'atto sia stato perfetto secondo le sue condizioni essenziali. Questo esiste senza bisogno d' altre convenzioni, ma può per accordo particolare, essere annullato e cangiato; in caso tale chi si fa forte dell'accordo, deve provarlo (5).

3. Le *clausule accessorie* dell'atto giuridico (*accidentalia*). Clausule accessorie diconsi generalmente quelle che non derivano già dalla natura dell'atto giuridico, ma che debbono sempre esser determinate o per convenzione, o per testamento. I cangiamenti fatti per convenzione alle naturali conseguenze d'un atto giuridico, sono pure clausule accessorie (6), e colui che l'invoca dee provarle; tranne quando la perfezione e validità dell'atto vi sia stata subordinata; allora l'avversario dee provare che la clausula accessoria non ha avuto luogo, o non è stata eseguita (7).

§. 168. A. *Delle condizioni essenziali* (8). 1. *In rapporto alla persona.*

Ogni atto giuridico esige essenzialmente per la sua validità, una *persona* capace di cangiare lo stato dei suoi diritti. È dunque necessario:

1. Che questa persona goda l'*uso di ragione* e *libertà della sua volontà*; gl'infanti (9), i furiosi, eccet-

---

(1) La *conferma* d'un atto legale per mezzo dell'autorità è di due specie: talvolta è necessaria alla validità dell'atto, per esempio, §. 1, J. I, II, Cost. 22, c. V, 37, cost. 13, c. V, 71; tal' altra non si richiede che per dargli maggior sicurezza. Nel secondo caso, un atto nullo di per se stesso non acquista validità. - La conferma di un atto non può nuocere al diritto acquistato da un terzo; la clausula *salvo jure tertii*, deve dunque esser sempre sottintesa. Phil. P. Brede. *Diss. de confirmatione actuum voluntariæ jurisdictionis.* Marburg. 1801.

(2) Fr. 4, D. XXII, 4. - Cost. 28, c. II, 4.

(3) Cost. 5, c. I, 14. - Cpr. cap. 64 *de reg. jur.* in VI.

(4) Nel caso istesso in cui ciò ha luogo, le conseguenze sono differentissime. Cpr. per esempio: fr. 4; fr. 5, §. 2, fr. 12. §. 1, D. XXIII, 4. - Fr. 1, §. 45, 46, D. XVI, 3. - Fr. 36, 38, D. XVIII, 1. - Fr. 6, D. XLI, 6. Le condizioni essenziali d'un atto legale, si dividono esse pure in *generali* e in *particolari*; le prime son comuni a tutti gli atti, le seconde son quelle che distinguono un atto d'una specie da quello d' un' altra.

(5) Fr. 11, §. 1, 2. D. XIX, 1. - Fr. 5, §. 4, D. XIX, 5. - Fr. 24, D. XVI, 3. - Fr. 3, D. XII, 1.

(6) Quanto agli *accidentalia negotiorum*, v. i §§. 170-178.

(7) È per questa ragione che colui il quale reclama dei diritti resultanti da un atto deve provare, se gli venga opposto, che l' atto fu concluso sotto una condizione che non ne faceva parte, che l'atto è stato concluso puramente (*pure*) o che la condizione fu adempita, fr. 10, D. XLV, 1. - Glossa ad Const. 9, C. VIII, 36.

(8) Non vi può esser questione in tal materia che sulle condizioni essenziali e comuni a tutti gli atti legali.

(9) §. 10, J. III, 19. (20).

tuati nei lucidi intervalli, i pazzi (1), coloro che sono in stato di completa ebrietà (2) o d'ira (3) non possono concludere in tale stato atti giuridici.

2. È anco necessario che questa persona sia riconosciuta nello Stato come *perfetta* e *indipendente*; è per questa ragione che i soggetti a patria potestà, a tutela o curatela, sono in più modi vincolati negli atti giuridici.

§. 169. 2. *In rapporto all'obietto.*

Quanto al suo *obietto*, un atto giuridico, non può comprendere cose non esistenti; può comprendere però cose che non per anco esistono, e che ponno esistere per l'avvenire (4); lo stesso deve dirsi delle cose fuori del commercio (5); e delle azioni fisicamente o moralmente impossibili (*contra bonos mores*) (6). L'obietto dell'atto giuridico non deve essere troppo generale e indeterminato, e la sua esecuzione e prestazione non deve unicamente dipendere *dalla volontà* del debitore (7). Nè può andar contro le leggi, nè recar danno ai diritti dei terzi (8); infine una promessa non vantaggiosa per quello a favore del quale è fatta, si ha come nulla (9).

§. 170. 3. *In rapporto alla volontà e al consenso.*

Ogni atto giuridico, richiede la volontà e il consenso delle persone contraenti. Il consenso è 1. *espresso*, allorchè si emette verbalmente o in scritto, cioè per parole o per segni che stiano in luogo di parole (10); 2. è *tacito*, allorchè taluno commette azioni le quali non possono ragionevolmente ricevere spiegazione diversa da quella determinante la prestazione del consenso ad un atto (11). Il consenso prestato posteriormente alla stipulazione di un atto, dicesi *ratifica* (*ratihabitio*), che per regola generale, produce gli stessi effetti del precedente consenso (12).

§. 171. 4. *Delle cause che impediscono il libero consenso.*

Nè basta l'emettere dichiarazione di volontà; il consenso deve di più esser *libero* e *vero*. Le cause che ne

---

(1) §. 8, ibid. - Cpr. fr 20, §. 4, D. XXVIII, 1. - fr. 1, §. 3. D. XLI, 2. - Cost. 9, c. IV, 38. - Cost. 9, c. VI, 22. - Cost. 6, c. V, 70.

(2) Can. 7, C. XV, qu. 1. - Cap. 14, X, 3, 1.

(3) Fr. 48, D. L, 17.

(4) Pr. §. 1, J. III, 19 (20). - fr. 15, pr. D. XX, 1. - fr. 11, §. 3, D. XX, 4. - fr. 8, pr. §. 1; fr. 34, §. 2, D. XVIII, 1. - fr. 11, §. 18, D. XIX, 1. - fr. 73, D. XLV, 1. - fr. 17, pr. D. XXXII. - §. 7, J. II, 20.

(5) §. 2, J. III, 19, (20). - fr. 83, §. 5, D. XLV, 1. - fr. 39, §. 8-10, D. XXX.

(6) Fr. 31, 185, D. L, 17: « impossibilium *nulla est obligatio* »; - fr. 26; fr. 35, pr. §. 1; fr. 141, §. 4, D. XLV, 1. - fr. 112, §. 3, D. XXX. - §. 7, §. 3, D. II, 14. - Cost. 6, c. II, 3.

(7) Fr. 8, D. XLIV, 7. - fr. 17; fr. 46, § 3; fr. 105, §. 1; fr. 108, §. 1; fr. 115; pr. D. XLV, 1. - fr. 71, pr. D. XXX. - Cost. 1, c. V, II. Sulle eccezioni a questa regola, v. fr. 69, §. 4, D. XXIII, 3. - Cost. 3, c. V, 11. - Fr. 24, pr. D. XIX, 2.

(8) Cost. 5, C. I, 14. - Cap. 28, X. 2, 24.

(9) Fr. 61, D. II, 14. - Fr. 15, pr. D. VIII, 1.

(10) Fr. 38, D. XLIV, 7: « Placuit non minus valere quod *scriptura*, quam quod *vocibus* lingua figuratis significaretur »; - fr. 52, § 10, D. ibid. « sed et *nutu solo* pleraque consistunt ».

(11) Fr. 5, D. XLVI, 8: « Non tantum verbis ratum haberi potest sed etiam *actu* »; fr. 20, pr. D. XXIX, 2. - §. 7, J. II, 19. - fr. 2, §. 1; fr. 57, pr. D. II, 14. - fr. 3, §. ult. D. XX, 4. La regola ordinaria *qui tacet, consentit*, non può aver forza come regola generale; fr. 142, D. L, 17: « Qui tacet non utique fatetur »; fr. 8, §. 1, D. III, 3.

(12) Fr. 12, §. 4, D. XLVI, 3: « *Ratihabitio mandato comparatur* »; - fr. 16, §. 1, D. XX, 1. - fr. 20, pr. D. XIII, 7. - Cost. 7, pr. c. IV, 28. - Cost. 25 in fine, c. V, 16.

impediscono la libera prestazione sono: l'*errore*, il *dolo*, la *violenza*, e la *simulazione*.

§. 172. a. *Dell'errore e della ignoranza.*

Per quanto differiscano secondo la loro origine, l'*errore* e l'*ignoranza* (*error et ignorantia*) si ricongiungono nelle loro legali conseguenze. L'errore è una falsa cognizione d'una cosa; l'ignoranza è l'assoluta mancanza d'ogni cognizione sulla cosa medesima. L'errore o l'ignoranza riferibile a un punto di diritto dicesi errore e ignoranza di diritto (*error s. ignorantia juris*); quello che per lo contrario si riferisce a un punto di fatto, dicesi errore o ignoranza di fatto (*error s. ignorantia facti*) (1). È necessario stabilire alcuni principj sull'influenza che l'ignoranza e l'errore esercitano sugli atti giuridici.

I. Vi ha dei casi in cui l'errore e l'ignoranza poco importano, dacchè, o siano di diritto o di fatto, non vi esercitano la minima influenza; non si ammette eccezione alcuna d'errore; ella torna sempre in danno di colui che la propone (2).

II. Vi sono altri casi in cui si può invocare l'errore, il quale in tal caso non reca giammai pregiudizio, sia pure di diritto o di fatto (3).

III. In tutti gli altri casi bisogna distinguere l'errore di diritto (*error juris*) dall'errore di fatto (*error facti*).

A. L'*errore di diritto*, nuoce in ogni caso in cui avrebbe potuto evitarsi consultando un giureconsulto (*error juris nocet*) (4); ma se colui che invoca l'errore è scusabile, in quanto che non ha potuto porre in chiaro il suo diritto (*si copiam jcti non habuit*), allora bisogna distinguere: 1. L'errore gli toglie un lucro (*lucrum s. compendium*), e allora lo pregiudica (5); 2. rischia perdere una parte di patrimonio di già acquistato (*damnum*); in tal caso non può ripetere ciò che ha di *già pagato* per errore di diritto (*damnum rei amissæ*) (6), ma del pari non è tenuto a prestare ciò che per *errore ha promesso* (*damnum rei amittendæ*) (7); 3. Queste regole generali patiscono eccezione allorchè trattasi di *minori*, di *militari* e di *contadini*, ai quali l'errore di diritto non nuoce mai, sia che ne abbiano risentito vantaggio o danno, sia che abbiano o no potuto evitarlo (8); o parlando di *femmine*, alle quali questa ignoranza colpevole non può opporsi che nei casi in cui trattasi di prestare ciò che è stato promesso (*damnum rei amittendæ*); l'errore al contrario lor nuoce, quando esse abbiano fatto un lucro, o un pagamento (*lucrum*, *damnum rei amissæ*) (9), a

---

(1) Dig. XXII, 6. - Cod. I, 18. - Cujacio, *Recit. ad tit. Dig. in Opp.* t. VII, p. 928, seg. - Duarenus *Comment. ad Cod.* I, 18. - Donello, *Comment. juris civilis*, I, 18-23. - G. M. Roth. *Nonnullæ observat, ad tit. Dig. de juris et facti ignorantia.* Gœtt. 1804.

(2) Per esempio: fr. 4, 15, D. XXVIII, 1. - Cost. 12, C. VI, 23. - §. 12, J. I, 10. - Cost. I, 6, C. V, 6. - Cost. 5, 9, C. I, 14. - Cost. 4, C. V, 55.

(3) Per esempio: fr. 19, 20, D. XXXIX, 3. - fr. 22, D. XXIX, 2. - Cost. 4, 5, 8, C. I, 18.

(4) Fr. 9, pr. §. 3, D. XXII, 6. - fr. 10, D. XXXVII, 1. Cost. 9, C. I, 14. Cost. 12, C. I, 18.

(5) Fr. 7; fr. 9, §. 5, D. XXII, 6. - Cost. 9, C. VI, 50.

(6) Fr. 32, §. 2, D. XII, 6. - Cost. 10, C. I, 18. La maggior parte degli autori tengono opinione diversa, ma la citata Cost. 10 sta loro contro.

(7) Fr. 8, D. XXII, 6. - fr. 36, D. XLV, 1. - fr. 5, §. 1. D. XIX, 1.

(8) In rapporto ai minori e soldati, v. fr. 9, pr. §. 1, D. XXII, 6. - fr. 7, §. 6, D. IV, 4. - Cost. 1, 11, C. I, 18. - Cost. 2, C. II, 33. - Cost. 22, pr. C. VI, 30. Cost. 5, C. IX, 23. - Sui contadini (*rustici*): fr. 1, §. 5, D. II, 13. - fr. 2, §. 7, D. XLIX, 14. - fr. 3, §. 22, D. XXIX, 15. - Cost. 8, C. VI, 9.

(9) Fr. 2, §. 7, D. XLIX, 14. - fr. 8, 9, pr. D. XXII, 6. - Cost. 3, 10, 13, C. I, 18.

meno che il pagamento non sia avvenuto in forza di una obbligazione radicalmente nulla (1).

B. Per regola generale, l'*errore di fatto* non pregiudica, sia che si tratti di lucri, sia che si tratti di perdite (2); ma è necessario però che questo errore non avvenga per negligenza grossolana e imperdonabile (3); di più, in tal caso, bisogna che l'errore di un fatto proprio (*error facti proprii*) sia accompagnato da circostanze aggravanti (4). Non importa però aver agito con circospezione troppo timida per allontanare da sè le conseguenze dannose dell'errore (5).

IV. Generalmente, chi invoca l'errore deve provarlo, a menochè non riguardi persone cui la legge favorisce particolarmente, o che una presunzione militi in suo favore (6).

§. 173. 6. *Del Dolo* (7).

Il dolo (*dolus*), è in generale, ogni alterazione della verità a fine di obbligare un altro a commettere un'azione, senza cui non avrebbe commesso. In questo senso lato, il diritto romano distingue, il *dolus bonus* dal *dolus malus*. Il primo è quello di cui si fa uso a difesa di sè, contro gli attacchi ingiusti d'altri, o per qualunque altro fine lecito; per esempio, nascondendo la verità per trattenere un furioso dal porre in essere un atto, che recherebbe danno a lui o ad altri (8). Il *dolus malus*, o *dolus* semplicemente ha sempre vita allorchè con scienza e intenzione, si cerca nuocere altrui con manovre fraudolenti, o con altri mezzi contrarj alla legge; il dolo, in una parola, è ciò che diciamo cavillazione, inganno o frode (9).

§. 174. c. *Della violenza e del timore* (10).

La violenza (*vis*), e il timore (*metus*) hanno in generale, fra loro il medesimo rapporto che la causa e l'effetto. La violenza consiste nella minaccia di un male, fatta a fine d'obbligare qualcuno a porre in essere, pel timore che essa produce, un atto a lui pregiudicevole (11). La violenza non influisce sopra un atto giuridico, se non quando è ingiusta (12), e allorchè il male o la minaccia che dà vita al timore, è tale da fare impressione in una persona ragionevole (13).

---

(1) In tal modo si concilia facilmente la Cost. 10, C. I, 18, e la Cost. 9, C. IV, 29. - Cpr. fr. 32, § 2, D. XII, 6. - fr. 14, §. 7. D. XI, 7. - fr. 27, § 1, D. III, 5. - Cost. 11, C. II, 19.

(2) Fr. 2, 4, 8, 9, pr. D. XXII, 6. - fr. 1, § 1, D. XII, 6. - Cost. 7, 10, C. I, 18.

(3) Fr. 3, § 1; fr. 6; fr. 9, §. 2, D. XXII, 6. - fr. 5, §. 1, D. XLI, 10. - fr. 15, §. 1, D. XVIII, 1.

(4) Fr. 22; fr. 32, §. 1, D. XII, 6.

(5) Fr. 6, D. XXII, 6.

(6) Fr. 25, pr. §. 1, D. XXII, 3.

(7) Dig. IV, 3. - Codice, II, 21. Paolo, *Sent rec.* 1, 8. - Cpr. più sotto, §, 342, 749.

(8) Fr. 1, §. 3, D. IV, 3. - Ever. Otto, *Diss. de dolo bono, ad L.* 1, §. 3, *D. de dolo malo*. Duisburg. 1720. - J. H. Schott, *De dolo malo*, Lugd-Bat. 1814.

(9) Fr. 1, §. 2, D. ibid. « Labeo sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est ». Cpr. fr. 7, §. 9, D. II, 14. - fr. 7, §. 3, 8; fr. 8; fr. 9, §. 2; fr. 37, D. IV, 3. - fr. 6, §. 9; fr. 11, §. 5, D. XIX, 1. - fr. 35, §. 8; fr. 57, §. 3, D. XVIII, 1. - fr. 16, §. 1, D. XIX, 5. - fr. 2, §. 3, 5, D. XLIV, 4. - fr. 36, D. XLV, 1. - fr. 23, D. L, 17.

(10) Dig. IV, 2. - Cod. II, 20; VII, 67. - J. B. de Tiennes, *De eo quod metus causa gestum erit jure romano*. Lovan. 1824.

(11) Fr. 1, 2, D. IV, 2. In diritto romano, la parola *vis* non indica che la violenza fisica, e *metus* ogni altra minaccia, e conseguentemente anco la violenza morale.

(12) Fr. 3, §. 1, D. ibid. La violenza illegale è rassomigliata al dolo; fr. 14, §. 13, D. ibid. - fr. 2, §. 8, D. XLVII, 8.

(13) Fr. 5, 6, D. IV, 2. « Metus non

§. 175. d. *Della simulazione.*

La simulazione ha luogo tutte le volte che una delle parti o tutte e due, mascherano o nascondono la verità, o danno ai loro atti un'apparenza che non hanno (1); quindi poco importa che la loro intenzione, agendo in tal guisa, sia buona, indifferente, o malvagia; in quest'ultimo caso la simulazione riveste la natura del dolo (2).

§. 176. B. *Della natura degli atti giuridici.*

La *natura* degli atti giuridici comprende tutto ciò che è, in diritto, la conseguenza e l'effetto d'un atto legale, dal momento in cui è divenuto essenzialmente perfetto, e senza che per la sua esecuzione abbisognino altre convenzioni. Le leggi determinano le qualità naturali degli atti giuridici, le loro conseguenze ed effetti, che si suppongono esistere, finchè prova del contrario risulti da una convenzione (§. 160). Per principio generale, si può per una cenvenzione, modificare la natura di questi atti (3), purchè la legge espressamente non lo vieti (4).

§. 177. C. *Clausule accessorie degli atti.*

Le modificazioni accidentali d' un atto giuridico, debbono sempre essere specialmente determinate, sia per convenzione, sia per testamento; esse dunque non si presumono mai, e chi le invoca, deve sempre somministrarne la prova. Esse riguardano tanto la *modalità* dell'atto, cioè modo e condizioni sotto cui deve questo atto aver validità, quanto la *conferma* di lui.

§. 178. 1. *Della modalità.* — a. *Della condizione* (5).

La validità e gli effetti d'un atto giuridico, possono dipendere da una *condizione* (*conditio*). La condizione è un avvenimento incerto (6), futuro (7), il quale non forma per anco parte dell'atto (8), e da cui per particolare volontà, si fanno dipendere certi diritti. La condizione può essere:

1. *Sospensiva* (*conditio suspensiva*) o *resolutiva* (*conditio resolutiva*) (9), secondo che da lei dipende o il principio o il fine d'un atto giuridico.

2. *Affermativa* o *negativa*, secondochè l'effetto d'un atto dipende da

---

vani hominis, sed qui merito et in constantissimo homine cadat »; fr. 7, 9, D. ibid. - Cost. 9, C. II, 20. Il solo timore riverenziale verso altre persone *(metus riverentialis)* non nuoce, fr. 1, §. 6, D. XLIV, 5. - Cost. 6, C. II, 20.

(1) Fr. 30, D. XXIII, 2. - fr. 12, D. XXXIX, 3. - fr. 55, D. XVIII, 1. - fr. 3, §. 2, D. XLIV, 7. - Cost. 17, C. IV, 29, - Cod. IV, 22.

(2) Fr. 7, §. 9, D. II, 14. - fr. 49, pr. D. XIX, 1. - V. più sotto §. 359.

(3) Ved. su tal proposito i §§. 175, 418, 419.

(4) Per esempio: fr. 11, §. ult. D. XIX, 1. - fr. 70, D. XVII, 2. - fr. 4, D. XIII, 7.

(5) Dig. XXVIII, 7 e XXXV, 1. - Codice, VI, 46.

(6) Sulla *conditio necessaria* v. fr. 9, § 1, D. XLVI, 2. - fr. 7, D. XLV, 1.

(7) Sulla *condictio in præteritum nel præsens collata*: §. 4, J. III, 15 (16). - fr. 4, §. 2, D. II, 14. - fr. 10, §. 1, D. XXVIII, 7. - fr. 37, 39, D. XII, 1.

(8) Sulla *conditio intrinseca s. tacita*, che deriva dalla natura stessa dell'atto, e non ha in conseguenza bisogno d'essere espressa, v. fr. 21; fr. 41, §. 1, D. XXIII, 3. - fr. 3, D. XXX. - fr. 99, 107, D. XXXV, 1.

(9) Nel diritto romano, un atto subordinato a una condizione sospensiva, dicesi *negotium sub conditione*, o semplicemente *condizionale*; la condizione resolutiva è designata dall'espressione: *conditio quæ resolvit*. Per esempio, fr. 2, pr. D. XVIII, 2. - fr. 2, §. 3, 4, 5, D. XLI, 4. - fr. 3, D. XVIII, 1.

ciò per cui l'avvenimento può o no accadere.

3. *Potestativa*, *casuale* e *mista* (*potestativa*, *casualis*, *mixta*), secondochè dipende dalla volontà di colui il cui diritto vi è subordinato, o dal caso, o dalla volontà e dal caso insieme (1).

4. *Possibile* (*conditio possibilis*), o *impossibile* (*conditio impossibilis*); la seconda si divide in impossibile *fisicamente* e *moralmente tale*, secondochè va contro la natura o contro i buoni costumi (2).

Finchè è dubbio, se una condizione si verificherà, si dice: *conditio pendet*; se poi si è realmente verificata, si dice: *conditio existit*, e nella certezza che non avverrà: *conditio deficit*.

§. 179. b. *Del termine.*

È in potere della volontà, protrarre il *termine* (*dies*) a un atto. Il termine è o *dies a quo* o *ad quem*, secondochè dà principio o fine agli effetti d'un atto (3). Nell'un caso, come nell'altro, il termine è *certo* (*dies certus*) allorchè è certo che giungerà, e quando giungerà; è *incerto* (*dies incertus*), allorchè l'uno e l'altro elemento, o uno dei due, è incerto. In generale, il termine incerto, vien riguardato come una condizione (4). Quanto al termine *a quo* vi sono due espressioni da rimarcare: *dies cedit*, significa essere sopravvenuto il giorno dell'acquisto d'un diritto; *dies venit*, il giorno è sopraggiunto in cui si può reclamare al debitore l'obietto del diritto (5).

§. 180. c. *Del modo.*

Un atto può egualmente dipendere da un *modo*. Per modo in generale s'intende ogni disposizione onerosa, per la quale colui che vuol lucrare sopra un altro, restringe la sua promessa, esigendo da lui e obbligandolo a una prestazione in cambio di ciò che riceverà (6). Il modo può aver luogo tanto negli atti di liberalità, quanto in quelli a titolo oneroso (7); ma si vuole osservare però, che nei primi, il donante, nel caso di non esecuzione del modo, ha la scelta d'intentare la sua azione, o per l'esecuzione dell'atto, o per la restituzione di ciò che ha donato (8); mentre nei secondi l'azione è limi-

---

(1) Cost. un. §. 7, c. VI, 51.

(2) Sulla *conditio jurisjurandi:* fr. 8, pr. §. 6, 7, D. XXVIII, 7. - fr. 29, §. 2, D. XXIX, 1. - fr. 112, §. 4, D. XXX. - fr. 14, §. 1, D. XXXII. - fr. 20; fr. 26, pr.; fr. 97, D. XXXV, 1. - Si divortium feceris, cost. 5, C. VI, 25. - Si non nupseris, fr. 72, §. 5; fr. 79, §. 4; fr. 100; fr. 62, §. 2; fr. 63, pr.; fr. 64, pr. D. XXXV, 1. - Cost. 2, 3, C. VI, 40. - Nov. 22, C. 43, 44. - Si nupseris, fr. 10, pr.; fr. 15, pr.; fr. 63, §. 1; fr. 28, pr.; fr. 71, §. 1; fr. 101, pr. D. XXXV, 1. - fr. 23, D. XXVIII, 7. - Sulla *conditio viduitatis*: Zimmern, t. 1, §. 173. - La condizione *religionis mutandæ et non mutandæ*, non è mai riguardata come valida. Arg. Cost. 5, C. VI, 25. Vi sono autori che professano diversa opinione.

(3) I Romani designano il *dies a quo* con queste parole: *stipulari ex die*, o *stipulatio confertur in diem*; e il *dies ad quem* colle seguenti: *stipulari ad diem*. fr. 44, §. 1, D. XLIV, 7. - §. 2, J. III, 15, (16). - fr. 56, §. 4, D. XLV, 1.

(4) Fr. 75, D. XXXV, 1. - fr. 56; fr. 16, §. 1, D. XII, 6. - fr. 45, §. 3, D. XLV, 1. - fr. 4, pr.; fr. 22, pr. D. XXXVI, 2. Cpr. non ostante le cost. 2, 5, C. VI, 53.

(5) Fr. 213, pr. D. L, 16. - V. più sotto, §. 712.

(6) Cod. VI, 45 e VIII, 55. - fr. 17, §. 4, D. XXXV, 1. Sovente il modo contiene nel tempo stesso una condizione: per esempio, fr. 21; fr. 41, pr. §. 1, D. XXIII, 3. - fr. 4, §. 2, D. II, 14. - fr. 80, D. XXXV, 1; o è espresso come condizione, e allora l'atto diventa condizionale.

(7) Fr. 41, pr. D. XVII, 1. - fr. 58, §. 2, D. XIX, 2. - C. Gr. Wæchter, *Doctrina de conditione causâ datâ, causâ non secuta*. Tübing. 1822, p. 89.

(8) Cost. 3, C. IV, 38. - Cost. 9, C. VIII, 54. - Cost. 1, C. VIII, 55. - Cost. 2, 3, 8. C. IV, 6.

tata all'esecuzione del modo; nè altro obbligo è in colui che deve eseguirlo, ov'egli solo v'abbia l'interesse (1).

§. 181. d. *Della Causa.*

Ogni atto giuridico racchiude una *causa (causa)*. Con questa parola si vuol designare il motivo che fa determinare una persona a dar qualche cosa a un'altra (2). Generalmente una falsa causa non nuoce (*falsa causa non nocet*); ma così non procede, allorchè è provato che l'errore le ha dato cagione (3), o allorchè la causa espressa nel tempo istesso come condizione, dee come tale venir riguardata (4).

§. 182. e. *Dei patti.*

Infine, parleremo ancor qui delle convenzioni accessorie, che servono a determinare e a modificare la convenzione principale (*pacta adjecta*). Queste convenzioni accessorie, possono cambiare le conseguenze della natura legale della principal convenzione (*detrahitur contractui)*, o ben anco apporre disposizioni, che per sola natura del contratto, non avrebbero avuto luogo (*adjicitur contractui)* (5); ma esse non ponno andar contro il divieto espresso della legge (6). Noi parleremo in appresso (§. 418, 419) delle diverse specie dei patti.

§. 183. 2. *Della conferma dell' atto.*
a. *Del giuramento.*

Il giuramento serve a somministrare maggior forza a un atto giuridico (7). Il giuramento (*jusjurandum s. juramentum)*, nello stretto significato del vocabolo, è una dichiarazione fatta, invocando la divinità in testimone del vero, e in vendetta della menzogna e della mala fede, scientemente adoprata. Il giuramento si presta o per dar maggior forza a una promessa (*juramentum promissorium*), o per confermare la verità di un fatto allegato (*juramentum assertorium*). È disputa qual effetto, il giuramento promissorio, il solo che qui appartenga, produca sulla promessa medesima. Ciò che solo vi ha di certo si è, che nel diritto romano, non produce obbligazione di sorta, ma serve solo a rafforzare l'obbligazione di già esistente, e che è senza effetto in un atto nullo per se stesso (8); il diritto canonico, per lo contrario, stabilisce il principio che ogni giuramento emesso con riflessione e libertà, allorchè non ha per fine un'azione illecita o contraria ai diritti dei terzi, produce un' obbligazione particolare verso Dio, e che ritenuto ciò, il giuramento fa sortire tutti i suoi effetti a una pro-

---

(1) Fr. 41, pr. D. XVIII, 1. - fr. 17, §. 2; fr. 44, D. XL, 4. - fr. 13, §. 2, D. XXIV, 1.

(2) §. 31, J. II, 20. - fr. 3. D. XXXIX, 5.

(3) Fr. 72, §. 6, D. XXXV, 1. - fr. 9. pr. D. XXVIII, 5. - fr. 5, §. 1, D. XIX, 1. - Cost. 4, C. VI, 24.

(4) §. 31, J. II, 20. - fr. 17, §. 2, 3. - fr. 9, §. 2; fr. 58, D. XVIII, 1.

(5) Fr. 7. §. 5, 6, D. II, 14. - fr. 72, pr. D. XVIII, 1.

(6) Fr. 11, §. ult. D. XIX, 1. - fr. 70, D. XVII, 2. - fr. 4, D. XII, 7. - Cost. 3, C VIII, 35.

(7) Dig. XII, 2. - Codice, II, 59 e IV, 1. - Decret. II, 24. - Lib. Vitus, 2, 11. - Clem. II, 19. - Malblanc, *Doctrina de jure jurando.* Norimb. 1781; edit. secunda. Tübing 1820. - Jo. God. Quandt (pr. C. G. de Winckler), *Flores sparsi ad doct. de jure jurando.* Lips. 1789. - Weber, *Dell' obbligazione naturale*, §. 118-123. - Glück, *Comm.* parte 12., §. 789, e seg. - J. Alex. Mirus, *Observationes de jurejurando* Berol. 1828. - Fr. Bayer, *Betrachtungen über den Eid*, o *Osservazioni sul giuramento.* Nuremb. 1829. - Fr. Jac. Müller, *Diss. de jurejurando canonico speciatim promissorio.* Bonnæ, 1831.

(8) Fr. 7, §. 16, D. II, 14. - Cost. 5, §. 1, C. I, 14. - Sull'*Auth. Sacramenta puberum*, C. II, 28, v. Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, t. IV, p. 162.

messa che civilmente non ne produce alcuno (1).

§. 184. b. *Della clausula penale.*

La *clausula penale (stipulatio pœnæ)* è pur essa un mezzo proprio ad assicurare l'esecuzione delle convenzioni. Ogni prestazione stabilita da una convenzione accessoria, e che uno dei contraenti s'obbliga di rimborsare all'altro, in caso che egli o in tutto o in parte non eseguisca l'obbligazione impostagli dalla convenzione principale, dicesi penale (2). Questa pena s'incorre tostochè il debitore trovasi in mora per l'esecuzione dell'obbligazione, e il creditore ha la scelta allora o di chiedere la pena stipulata o di volere eseguita l'obbligazione principale (3). Non si può domandare nel tempo stesso la pena, e la esecuzione dell'obbligazione principale, a menochè non sia stato così espressamente stipulato (4).

§. 185. c. *Delle arre* (5).

Le *arre* (*arrha*) che s'incontrano sovente nelle convenzioni (6), consistono generalmente in ciò che l'uno dei contraenti dà all'altro, per vie meglio garantire la convenzione, sia innanzi, sia dopo il perfezionamento dell'atto. Nel primo caso, che ha luogo solamente, quando in una convenzione realmente conclusa, fu stipulato che essa non sarà perfetta e obbligatoria, che dal momento in cui l'atto sia stato posto in essere e sottoscritto dalle due parti, in questo caso, diciam noi, ciascuno dei contraenti è ancor libero di ritirarsi; se si ritira colui che ha dato la caparra, ei la perde; se al contrario si ritira chi l'ha ricevuta, è obbligato alla restituzione del doppio (7). Nel secondo caso, per regola generale, niuno dei contraenti può ritirarsi (8), a meno che le arre non siano state convenute e passate pel caso di disdetta (*arrha pœnitentialis*); colui che ha dato le caparre, può allora ritrattarsi; perdendole, e colui che le ha ricevute, lo può egualmente, restituendole doppie (9).

§. 186. IV. *Della nullità degli atti.*

La nullità d'un atto giuridico dimana dalla mancanza d'una delle sue legali condizioni, sia che appellino alla forma esterna, sia al contenuto dell'atto; essa è pure conseguenza d'una infrazione di legge.

1. Per diritto romano, questa nul-

---

(1) Cap. 28, X, 2, 24. - Cap. 2, *de pactis in VIto.* Se l'atto confermato dal giuramento appartiene a quelli assolutamente proibiti, o se è nullo, perchè manca il consenso delle parti, la *relaxatio juramenti* ha luogo: cap. 6, 8, 15, 20, X. 2, 24. - V'è discordia sulla questione se il diritto canonico sia applicabile a chi professa la religione protestante.

(2) §. 7, J. III, 15 (16). - §. 19, J. III, 19, (20). - fr 33, §. 16, D. XLV, 1. - Cost. 12, C. VIII, 38. I Romani esigevano a tale effetto una stipulazione, senza cui non si sarebbe potuta intentare alcuna azione.

(3) Cost. 14, C. II, 3. Se è stato espressamente convenuto che il debitore sia liberato dall'obbligazione mediante la protesta della penalità, essa protesta riveste la natura dell'*arrha pœnitentialis* (§. 178).

(4) Fr. 10, §. 1, D. II, 14. - Cost. 17, C. II, 4. - fr. 115, §. 2, D. XLV, 1.

(5) L'università libera di Bruxelles propose nel 1836, in un concorso per la cattedra d'Istoria e Istitute del Diritto Romano, la seguente questione: *Dissertazione istorica e dommatica sulle arre.*

(6) Pr. J. III, 23, (24). - fr. 35, pr. D. XVIII, 1. - Ch. Thomasius, *De arrhis emptionum*; in *Diss. Acad.* t. II, num. 58. - Jo. H. Reuter, *De arrha pacto imperfecto data.* Halæ, 1747. - Zumbach, *De arrha conctractuum*; Jenæ, 1828. - Gottschalck, *Discept. for.* t. II, ch. 30.

(7) Pr. in fine, J. III, 23, (24). - Cost. 17, C. IV, 21. Se la convenzione è annullata dal consenso delle parti, l'arre debbono essere restituite; fr. II, §. 6, D. XIX, 1. - Cost. 3, C. V, 1.

(8) Cost. 3, C. IV, 44.

(9) Cost. 6, C. ibid.

lità s' incorre generalmente di pieno diritto (*negotium ipso jure nullum*, *inutile*), quando anche la legge non la pronunzia espressamente (1). In questi casi l'atto non ha vita per diritto (*nihil agitur*), e non produce conseguentemente gli effetti, che dovrebbe produrre, quand' anche le parti volessero attribuirglieli. In altri casi un atto non diventa nullo che allorquando una delle parti non vuole che sorta i suoi effetti (*ope exceptionis nullum*), o allor quando sulla sua domanda, il giudice lo dichiara nullo (*negotium rescinditur*) (2).

2. Circostanze sopraggiunte posteriormente, e alle quali l'atto non andò subordinato, non lo rendono di per se sole nullo (3).

3. Per esaminare la validità d' un atto, bisogna considerare l' epoca in cui è stato posto in essere (4), e un atto nullo dal suo principio non può divenir valido, che allorquando in progresso spariscono i motivi di nullità (5).

4. La nullità parziale d'un atto, non reca alcun pregiudizio alla parte valida la quale può sussistere di per se stessa (6).

5. Un atto nullo può nullameno produrre i suoi effetti, col mezzo della *trasmutazione* in un altro atto. Vi ha dei casi in cui in questa trasmutazione ha luogo *ipso jure* (7); ve ne ha degli altri in cui essa non s' incorre se non quando venga dichiarata dal suo autore (8).

§. 187. V. *Dell' interpretazione degli atti.*

L'interpretazione degli atti è di tre specie : l' interpretazione *autentica*, *usuale*, e *dottrinale*, secondo che è somministrata dagli stessi autori dell'atto, e secondo che si fonda sull'uso, generalmente ricevuto, o sulle regole della ermeneutica del diritto.

1. Nella interpretazione autentica, bisogna esaminare se l' atto è posto in essere da una sola persona, come un testamento, o se ha vita pel consenso di più, come una convenzione. Nel primo caso, le espressioni dubbie vogliono essere intese nel senso che l'autore ha loro voluto dare (9); nel secondo caso, l' interpretazione autentica dell'atto, esige il concorso di tutte le parti interessate, e la spiegazione data da una di esse non può nuocere ai diritti dell' altra.

2. L' interpretazione usuale, trova in special modo la sua applicazione negli atti in cui si è fatto uso di parole e d' espressioni, che secondo il linguaggio generalmente ricevuto nel paese, hanno un senso determinato, quale debbono conservare fino a che, non sia dimostrato, aver voluto l'autor dell' atto darne loro un diver-

---

(1) Cost. 5, pr. C. I, 14. - Cap. 64, *de reg. jur. in VIto*. - Vinnius, *Select. quæst.* lib. I, C. 1.

(2) A questo caso appartiene principalmente l' eccezione *doli mali, quod metus causa*, §. 1-5, J. IV, 13; egualmente che la rescissione di un testamento inofficioso (*testamentum inofficiosum*), la restituzione in intero (*restitutio in integrum*), ecc.

(3) La regola, che in ogni atto, la clausula *rebus sic stantibus*, s' intende implicita, è falsa.

(4) Fr. 8, pr. D. XVII, 1; fr. 78, pr. D. XLV, 1.

(5) Fr. 29, D. L, 17: « Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere »; fr. 201; fr. 210, D. ibid. - fr. 1, D. XXXIV, 7.

(6) Fr. 1, §. 5, D. XLV, 1: « Utile per utile non vitiatur » per esempio: fr. 29, D. XXII, 1. - fr. 11, §. 1, D. XIII, 5. - Cost. 36, §. 3, C. VIII, 54.

(7) Per esempio, allorchè in un contratto di vendita è stato convenuto *ne petatur pretium*, la vendita si trasforma in donazione; fr. 36, 38, D. XVIII, 1. - fr. 6, D. XLI, 6.

(8) Per esempio nella clausula codicillare (*clausula codicillaris*), fr. 1, D. XXIX, 7. - Cost. 8, §. 1, C. VI, 36.

(9) Quisque verborum suorum optimus est interpres, fr. 96, D. L, 17 - fr. 21, §. 1, D. XXVIII, 1.

so (1). In somiglianti casi, bisogna egualmente esaminare se il dubbio cui la disposizione dell' autore dell' atto ha dato luogo, sia stato altra volta soggetto d' esame, e sia stato tolto di mezzo per una legal decisione (2).

a) La interpetrazione dottrinale si regola a norma dei principj che appresso:

1. Ogni espressione oscura e dubbiosa, di cui l'autore dell'atto ha usato, deve sempre essere spiegata, secondo la sua vera intenzione, la quale si deve per ogni via tentar di trovare, nelle parole, nella lingua, nelle circostanze e rapporti degli interessati (3).

b) Allorchè non si può con esattezza riconoscere quale sia stata la vera intenzione dell'autore dell' atto, le espressioni oscure debbono essere spiegate in guisa da allontanarsi, il meno che sia possibile dalla natura dell'atto; esse dunque staranno contro colui che vuole invocare un diritto particolare e contrario alla natura dell' atto, mentre egli avrebbe dovuto esprimersi più chiaramente (4).

c) Se il dubbio non concerne che l'autore dell'atto, le espressioni oscure debbono essere interpretate nel modo il meno pregiudicevole alla promessa (5).

d) In fine, allorchè le parole di cui l' autore ha fatto uso, sono talmente incerte e dubbiose, che egli è assolutamente impossibile di riconoscere la sua volontà, la disposizione è nulla (6). Deve però lasciarsi sussistere finchè l' interpretazione possa giungere a spiegarla (7).

§. 188. *Dell'acquisto dei diritti.*

I diritti che non hanno il loro fondamento negli atti giuridici, sono a noi trasmessi dalla forza della legge, sia al momento della nascita, sia nel corso della vita, sia alla morte d'una persona (*acquisitio inter vivos, mortis causa*). Ve ne ha di quelli che si acquistano, tostochè sono a noi trasmessi da altri. Sotto quest' ultimo rapporto distinguiamo soprattutto la *successio per universitatem et in singulas res* (8).

§. 189. *Principj generali sull'acquisto dei diritti*

Riesce impossibile in ogni guisa, stabilir qui dei principj generali; perchè i diritti particolari differiscono gli uni dagli altri nel modo con cui si acquistano. Molti principj, altra volta generalmente ammessi, sono stati abbandonati in appresso; per esempio, la differenza fra il titolo (*titulus*) e il modo d'acquisto (*modus acquirendi*): non sono state conservate che alcune considerazioni di equità, per esempio, il non potere acquistare certi diritti, quando non vi sia interesse, ed altri ne senta pregiudizio (9); inoltre che niuno pos-

---

(1) Arg. fr. 37, 38, D. I, 3. - fr. 21, §. 1, in fine, D. XXVIII, 1. - fr. 69, §. 1, D. XXXII. - fr. 9-12. D. XXXIII, 6.

(2) Per esempio: fr. 13, pr. D. XXVIII, 2. - fr. 17, §. 1, D. XXX. - fr. 10, §. 1, D. XXXIV, 5.

(3) Fr. 219, D. L, 16. - fr. 67, D. I, 17. Per esempio: fr. 3, §. ult. D. XXXIII, 10 - fr. 33, D. XXXIV, 2. - fr. 22, D. XXXIV, 1.-fr. 14, D. XXXIII, 1.-fr. 75. D. XXXII.

(4) Interpretatio facienda est secundum natura negotii; fr. 3, D. XII, 1. - fr. 11, §. 1, 2, D. XIX, 1. - fr. 72, pr. D. XVIII, 1. - Interpretatio facienda est contra cum, qui clarius loqui potuisset ac debuisset; fr. 172, pr. D. L, 17. - fr. 39, D. II, 14, fr. 21. D. XVIII, 1. - fr. 38, §. 18, D. LXV, 1. - fr. 26, D. XXXIV, 5.

(5) In dubio in quod minimum est sequimur; fr. 9, 34, D. L, 17. - fr. 52, D. XIX, 2. - fr. 1, §. 4, D. XLV, 1.

(6) Fr. 188, D. L, 17. - fr. 2; fr. 10, pr.; fr. 21, 27, 28, XXXIV, 5.

(7) Fr. 12, D. ibid. — fr. 80, D. XLV, 1.

(8) Fr. 1, §. 13, D. XLIII, 3. - fr. 3, §. 2, D. XLIII, 19. I diritti non trasmissibili, o trasmissibili solo sotto un certo rapporto, sono importantissimi.

(9) Fr. 1, §. 12, D. XXXIX, 3. - fr 38, in fin. D. VI, 1.

sa arricchirsi a danno altrui (1); in fine che concedendo un diritto, si accordi pure tacitamente i mezzi di prova (2), ec.; ma tutti questi punti si presentano in origine sotto rapporti particolari, e sono ordinariamente combinati con altro principio di diritto.

§. 190.

Dei principj, che si danno *come generali*, forman parte i seguenti:

1. Nessuno può in altri trasferire maggior diritto di quello ch'egli ha (3).

2. Un diritto può essere acquistato o per mezzo proprio o d'altrui; secondo il moderno diritto può acquistarsi non tanto per le persone che sono sotto la nostra potestà, quanto per procuratori (4).

3. Un diritto interamente acquisito dicesi *jus præsens*. Ogni diritto al contrario, che si ha in vista, ma che non abbiamo per anco realmente acquistato, dicesi *jus futurum*, il quale dividesi in *jus delatum*, quando l'acquisto non dipende che dalla volontà dell'acquirente (5), e in *jus non delatum*, allorchè l'acquisto dipende pure da altre circostanze e condizioni, le quali mancando renderebbero impossibile l'acquisto del diritto.

§. 191. *Della conservazione dei diritti.*

Appartengono ai mezzi, il cui fine è di conservare e assicurare i diritti:

1. La *protesta*, cioè la formale dichiarazione per cui cerchiamo garantirci dalle conseguenze dannose che potrebbero dedursi contro noi, dalle nostre parole o dai nostri atti.

2. La *riserva*, ossia la conservazione espressa di certi diritti, la renunzia dei quali sarebbe o potrebbe essere una conseguenza d'un nostro atto.

3. Il *diritto di retenzione*, ossia il diritto di ritenere presso di noi l'altrui cosa, da noi posseduta per legittimo titolo, in forza di un credito di cui questa cosa è l'objetto o al quale si riferisce, finchè il credito non sia stato soddisfatto (6). Questo di-

---

(1) Mühlenbruch, *Doctrina Pandect.* I. §. 117. - Cicerone, *De officiis.* III, 5.

(2) Mühlenbruch, I, §. 129.

(3) Fr. 54, D. L, 17. « Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet ».

(4) Ecco quali erano i principj in diritto romano.

1. Il padre di famiglia acquista di pien diritto per le persone che si trovano sotto la sua potestà.

2. Nessuno può acquistare per gli estranei *(personæ extraneæ)* cioè per persone che non sono sotto la sua potestà. I procuratori adunque non potevano acquistar diritti. - Gajo, II, 86-96; III, 163-167. - Ulpiano, XIX, 18-21. - Ist. II, 9, III, 17, (18); III, 29, (30) - fr. 73, §. 4; fr. 123, pr. D. L, 17. - fr. 11, D. XLIV, 7. - Hugo, *Storia del Diritto*, p. 233, 299. - fr. 10, 17, 18, 19, 21, 23, D. XLI, 1. - Codice IV, 26, 27. - In appresso, il secondo di questi principj fu cangiato, e fu distinto fra gli acquisti civili e i naturali; i naturali potevano aver luogo anco per terzi estranei allorchè fossero stati incaricati dell'acqusto, o i loro atti venissero ratificati. - Paolo, V, 2, 2. - §. 5, J. II, 9. - fr. 53, 13, 20, §. 2, D. XLI, 1. - fr. 41, D. XLI, 3. - Cost. 1, C. VII, 32. - fr. 3, §. 7, D. XXXVII, 1. I passi seguenti dimostrano che anche secondo il diritto romano di Giustiniano, le *personæ estraneæ* non potevano acquistar civilmente: fr. 53, D. XLI, 1. - fr. 123, pr. D. L, 17. - Cost. 1, C. IV, 27. - fr. 90, pr. D. XXIX, 2. - Cost. 5, C. VI. 30. Ma come al presente non esiste più alcuna differenza tra l'acquisto civile e l'acquisto naturale, i procuratori sono dovunque ammessi; noi supponiamo in ogni caso che iano stati incaricati ad agir per altri, o che i loro atti siano stati ratificati.

(5) Fr. 151, D. L, 16: « *Delata hereditas* intelligitur, quam quis adeundo possit consequi ».

(6) Bœhemero, *De jnre retentionis*; in *Elect. jur. civ.* t. II, num. 13. - Ern. God. Schmid, *Diss. de iis, quæ ad exercendum jus retentionis necessaria sunt.* Jenæ, 1785. - Sehnorr, *De jure retentionis.*

ritto dura finchè si ha in possesso la cosa, e si fa valere coll'eccezione del dolo *(exceptio doli)*, contro l'azione che l'avversario intenta in restituzione della cosa (1).

4. La *cauzione* che comprende ogni sicurezza che una persona dà ad un'altra, per assicurare l'esecuzione d'un'obbligazione (2). Dividesi: *a*) in *cauzione verbale*, che si dà o per promessa giurata *cautio juratoria* (3), o per semplice promessa, nel qual caso esigevasi per diritto romano, una stipulazione *(repromissio)* (4); e *b*) in *cauzione reale*, cui appartiene particolarmente quella che si fa per fidejussione (*satisdatio s. fidejussio*) (5) e per pegno (6).

5. L'*immissione in possesso* (*missio in possessionem s. in bona*) di tutti i beni o di cose particolari d'altrui, per mezzo del pretore, a fine d'assicurare certi diritti a colui che s'immette in possesso (7). Quegli però che acquista la detenzione della cosa, s'obbliga a conservarla *(custodire)* e ad amministrarla (8); in oltre egli ottiene per questa immissione in possesso, un diritto di pegno sulla cosa (9), e allorchè vi è stato immesso *damni infecti causa ex secundo decreto*, egli ha la proprietà della cosa, se l'avversario l'aveva; in ogni caso egli gode il benefizio dell'usucapione (10).

6. Il *sequestro*, ossia la restrizione inflitta dal Giudice alla libertà personale del debitore o alla libera disposizione del suo patrimonio per sicurezza del creditore. L'esecuzione del sequestro presuppone una giusta causa; è necessario cioè che esista un danno evidente per cui il creditore verrebbe privato o per lo meno impedito nel perseguitare il suo diritto, qual danno bisognerebbe che avesse vita, ove al debitore non venisse tolta la libertà della persona, o la disposizione dei beni (11).

§. 192. a. *Dell'estinzione dei diritti.* A. *Col consenso dell'avente diritto.*

I diritti, una volta acquistati, continuano ad esistere, finchè non sopraggiunga una cagione particolare, la di cui conseguenza sia l'estinzione dei diritti medesimi.

A. Questa cagione può resultare dalla volontà di colui al quale competono i diritti; quindi i diritti si estinguono:

Lips. 1808. - J. A. Truter, *Diss. de jure retentionis.* Traj. ad Rhen. 1814. - Glück, *Comm.* P. XV, §. 936, 937.

(1) Per esempio, §. 30, J. II, 1. - fr. 23, §. 4; fr. 27, §. 5; fr. 48, D. VI, 1; fr. 14, D. XLIV, 4. - fr. 18, §. 4, D. XIII, 6. - fr. 1, pr. D. XX, 6. - fr. 14, §. 1, D. X, 3. - fr. 8, pr. D. XIII, 7. - Cost. 29, C. V, 12. - Cost. un. C. VIII, 27.

(2) Ist. IV, 11. - Dig. II, 8; XLVI, 5-8. - Codice, II, 57.

(3) §. 2, J. IV, 11. Cost. 12, pr. C. XII, 19. - Nov. 112, cap. 2.

(4) Ist. III, 18, (19). - fr. 1, D. XLVI, 5.

(5) Cost. 3, C. VI, 38. - fr. 1, D. II, 8.

(6) Fr. 1, §. 9, D. XXXVII, 6.

(7) D. XXXVI, 4; XXXVII, 9; XXXIX, 2; XLII 4, 5; XLIII, 4. - Codice, VI, 54; VII, 72. - Donello *Comm. jur. civ.* lib. XXIII, cap. 11, 12.

(8) Fr. 1, 12, D. XLII, 4. - fr. 5, §. 5, D. XXXVI, 4. - fr. 3, §. ult. - fr. 10, §. 1, D. XLI, 2.

(9) Fr. 3, pr. §. 1, D. XXVII, 9. - fr. 26, pr. D. XIII, 7. - Codice, VIII, 22. Questi casi si presentano ai §§. 311, 483, 693, 762.

(10) L'immissione *ex secundo decreto*, non ha luogo che nel caso in cui si è realmente ricevuto del danno *(damnum infectum)*, allorchè l'immissione *ex primo decreto* è stata infruttuosa, cioè a dire allorchè la cauzione *damni infecti*, non ha avuto luogo nel tempo accordato. V. più sotto, §. 483.

(11) In diritto romano, il sequestro è un *mezzo d'esecuzione* allorchè il debitore è di già condannato *(pignoris capio*, §. 311, in fine); non si riconosceva come *mezzo di sicurezza* contro un debitore non ancora condannato. Questo mezzo fu introdotto in Alemagna dalla Giurisprudenza e Leggi dell'impero del 1570, §. 84: del 1594, §. 82; del 1600, §. 60. - Mevius, *De arrestis*, ed. nov. Lips. 1737. - Glück, *Comm.* t. VI, §. 520.

1. Per la *renunzia (renunciatio)*, consistente nell'abbandono d'un diritto, senza che venga trasferito in altra persona (1); ma è necessario che il diritto appartenga a noi realmente (2) e che abbiamo una esatta cognizione dell'oggetto della renunzia (3).

2. Per l'*alienazione*. Nel senso il più lato, intendesi per alienazione ogni cangiamento operato da noi negli affari nostri, sia trasferire un diritto in favore d'altra persona, sia rinunziare a questo diritto, stabilire una servitù, un diritto di pegno o d'ipoteca, e l'accettazione di un pagamento; in senso più stretto, l'alienazione è il traslatamento e la cessione di un diritto (4), e nel senso il più stretto, l'alienazione di una cosa, è la trasmissione della proprietà in un altro (5). Il proprietario di una cosa, ha generalmente il diritto d'alienarla, se per cagioni particolari, questa alienazione non è a lui interdetta. La proibizione d'alienare può esser prescritta tanto da una disposizione legale o giudiciaria (6), quanto da una disposizione testamentaria o da un contratto. L'alienazione fatta contro il divieto della legge o del giudice è nulla, e colui in favore del quale essa era stata interdetta, ha un'azione reale contro il terzo (7). La non osservanza d'una proibizione d'alienare, fatta per testamento, dà luogo tanto a un'azione reale contro il terzo, quanto a un'azione personale d'indennità contro colui che aliena, secondochè il testatore ha in pro d'un terzo proibita l'alienazione della sua cosa propria, o di quella d'altra persona che egli onorò di un legato (8). La non osservanza della proibizione d'alienare fatta per convenzione, non produce generalmente che un'azione personale in risarcimento d'interessi contro colui che aliena, se il contratto istesso non vi abbia provvisto col mezzo del patto *reservati dominii* o *reservatæ hypothecæ* (9).

§. 193. b. B. *Contro il consenso dell'avente diritto.*

B. Un diritto, può contro la volontà di colui al quale appartiene, estinguersi per motivi differentissimi. Nullameno presentiamo alcune regole generali.

1. I diritti di cui uno stato (*status*) forma la condizione, si estinguono collo stato medesimo.

2. I diritti reali si estinguono colla cosa che ne è l'obietto.

3. I crediti ammortizzati in qualunque modo. I diritti reali, e le obbligazioni, si estinguono in appresso:

4. Allorchè colui che ha concesso ad un altro un diritto sopra una cosa, perde il suo diritto, che in principio non era che temporario e revocabile (10), o allorchè per motivi

---

(1) Fr. 41, D. IV, 4. - Cost. 29, C. II, 3: « Quilibet juri pro se introducto renunciare potest ». - Cost. 11, C. IV, 1: « Ad jura renunciata non datur regressus ». Cost. 4, C. II, 3. - Cost. 51, C. I, 3.

(2) Fr. 174, §. 1, D. L, 17: « Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest ».

(3) Fr. 19, D. V, 2. - fr. 8, D. V, 3.

(4) Cost. 7, C. IV, 51; bisogna osservare qui la regola: *Nemo plus juris, in alterum transferre potest, quam ipse habet;* fr. 54, D. L, 17.

(5) Fr. 67, pr. D. L, 16. - Cost. I, cap. V, 23.

(6) Pr. §. 2, J. II, 8. - Cost. un. §. 15, C. V, 13. - Cost. 12, 13, C. V, 71. - fr. 1, pr.; fr. 10, pr. D. XXVII, 10. - Schweppe, t. II, §. 226 a.

(7) Fr. 5, §. 15, D. XXVII, 9; Cost. 16, C. V, 37. - Cost. 15, C. V, 71. - fr. 13, §. 3, D. XXIII, 5. - Cost. 30 in fine, C. V, 12. - fr. 12. D. XLI, 3. - fr. 6, D. XLV, 1.

(8) Cost. 1, 2, 3, §. 2, 3, C. VI, 43. §. 5, J. III, 28. - fr. 88. §. 14, D. XXXI. - fr. 3, §. 3. D. XXXVI, 1.

(9) Fr. 75, D. XVIII, 1. - fr. 21, §. 5, D. XIX, 1. - fr. 135, §. 3, D. XLV, 1. - Cost. 3, C. IV, 6.

(10) Secondo la regola: Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum. V. a questo proposito, il §. 242.

posteriori egli ne effettua la revoca (1).

5. Col sopravvenire della condizione resolutoria o del termine per cui il diritto era concesso (2).

6. Per la mancanza d'interesse della parte dell'avente diritto (3).

7. Allorchè si ritoglie a qualcuno il suo diritto per cagion di mal uso o di qualunque altro delitto (4).

8. Finalmente per la prescrizione.

§. 194. *Del tempo, nei suoi rapporti coi diritti.*

La legge restringe spesso a un certo spazio di tempo (*tempus*), l'acquisto, l'esercizio e la perdita dei diritti, di guisa che non possano esercitarsi che durante questo spazio di tempo, o allorchè esso è di già spirato. Il diritto romano distingue:

1. Relativamente al tempo, il tempo *continuo* (*tempus continuum*) dal tempo *utile* (*tempus utile*). Ma queste espressioni dinotano tanto l'epoca in cui uno spazio di tempo comincia, quanto la sua durata ed estensione. In rapporto all'epoca in cui uno spazio comincia a decorrere, intendesi per *tempus continuum* quello che incomincia dal sopraggiungere d'un certo avvenimento, quando anche, colui a profitto del quale decorre, non abbia avuto cognizione di quell' avvenimento (5). Intendesi al contrario per *tempus utile*, quello che incomincia solo dal momento in cui quegli a profitto del quale decorre, ebbe cognizione di questo avvenimento (6). Quanto alla sua durata, il *tempus continuum* è quello in cui i giorni, una volta cominciati a decorrere, sono contati in quella guisa che si succedono nel calendario; il *tempus utile*, al contrario, è quello in cui non si contano i giorni nei quali è proibito di far valere il proprio diritto in giustizia (*experiundi potestas*) (7).

2. Relativamente alla sua estinzione, havvi una differenza fra il computare il tempo *naturale* e il tempo *civile*. Nel primo, si conta di momento in momento, e lo spazio di tempo che corre dopo un certo avvenimento non dicesi compito se non quando l'ultimo momento è passato (8). Nel secondo, al contrario, contasi da giorno a giorno, e si applica la regola: *dies novissimus cœptus pro completo habetur*. In diritto romano, *dies novissimus*, *postremus* o *supremus* è l'ultimo giorno d'uno spazio. Per esempio, nel corso d'un anno che comincia il 1. Gennaio, il *dies novissimus* è il 31 Decembre, dal momento in cui questo giorno è cominciato; così dopo la mezza notte del 30 al 31 Decembre, lo spazio è *civilmente* spirato (9).

---

(1) Per esempio: Cost. 8, 10, C. VIII, 56.

(2) Per esempio: fr. 4, pr. D. VIII, 1. - fr. 4, D. VII, 1. - fr. 6, pr. D. XX, 6. - fr. 44, §. 1, 2, D. XLIV, 7.

(3) Fr. 8, §. 6, D. XVII, 1. - fr. 136, §. 1, D. XLV, 1.

(4) Per esempio: Cost. 3, C. XI, 42. - Cap. 24, X. 5, 33.

(5) Fr. 8, D. III, 2. - fr. 31, §. 1, D. XLI, 3. - fr. 15, D. XXI, 1. Cost. 8, C. II, 21. - Cost. 5, C. IX, 9.

(6) Fr. 8, D. III, 2. - fr. 6, D. III, 6. - Cost. 2, C. VI, 9. - Cost. 19, C. VI, 30.

(7) Fr. 1, Dig. XLIV, 3. - fr. 2, Dig. XXXVIII, 15.

(8) Per esempio: fr. 3, §. 3, D. IV, 4. - fr. 4, D. XXIII. 2. - Cost. 3, C. V, 60. - §. 8, J. II, 16. - fr. 6, D. XLIV, 7.

(9) Fr. 8, D. II, 12. - Per esempio, fr. 6, 7, D. XLI, 3. - fr. 15, pr. D. XLIV, 3, paragonato col fr. 6, D. XLIV, 7. Quindi: fr. 5, D. XXVIII, 1. - fr. 134, D. L, 16. - Sulla materia della computazione civile, v. J. C. Rücker, *Diss. de naturali et civili computazione*. Lugd.-Bat. 1749.

CAPITOLO SECONDO

Dei diritti particolari (jura singularia) *e dei privilegj.*

§. 195. I. *Nozione generale dell'* jus commune *e* singulare.

Le leggi positive contengono e sanzionano delle regole di diritto generali e naturali (*regula juris s. ratio juris*), o fissano per ragioni particolari dei principj che si allontanano da queste regole generali. Nel primo caso le leggi sanzionano un *diritto comune* (*jus commune*), nel secondo caso, un *diritto particolare* (*jus singulare s. exorbitans*) (1). Questo può essere favorevole o odioso (*jus singulare favorabile s. odiosum*), secondochè racchiude contro la legge una estensione o una restrinzione particolare dei diritti, di coloro per cui viene stabilita. Il diritto particolare favorevole dicesi in diritto romano, *beneficium juris, o privilegium*, il quale è di due specie: *beneficium personæ*, che è concesso a una sola persona e non può essere esercitato nè dagli eredi, nè dai mallevadori (2); *beneficium causæ*, allorchè è in rapporto, con un oggetto legale, e in questo caso, può esercitarsi non solo da chi ne ha originariamente il diritto, ma anco dai suoi eredi, mallevadori e cessionarj (3). L'uno e l'altro non trovano applicazione, che allorquando colui al quale appartengono, gl'invoca a suo pro (4).

§. 196. *Nozione del privilegio in particolare.*

Un privilegio, nel lato senso della parola è ogni favore, che introdotto dalla legge, s'allontana dalla regola comune. Questo favore può essere accordato da una legge generale (*lex generalis*) a tutti i sudditi che si trovano nei casi da lui preveduti, e allora è sinonimo di *beneficium juris* o *jus singulare favorabile* (5); può del pari risultare da una speciale disposizione del legislatore (*lex personalis*) in favore di una persona o di una cosa determinata, e allora è un privilegio in senso stretto (6). Ma nel mentre che in diritto romano, *beneficium juris*, è sovente detto *privilegium* (7), così per *beneficium* s'indica il privilegio in senso stretto (8).

§. 197. *Della divisione dei privilegj.*

Il privilegio in senso stretto è:

1. In rapporto al *soggetto* cui ap-

(1) Fr. 14-16, D. I, 3. - fr. 141, pr. D. L, 17.

(2) Fr. 68, 196, D. L, 17. Per esempio: fr. 24, 25, D. XLII, 1. - fr. 7, pr. D. XLIV, 1. - Cost. 13, C. X, 47. - Mühlenbruch, *Della Cessione*, §. 56.

(3) Fr. 68, 196, D. L, 17. - fr. 7, §. 1; fr. 19, D. XLIV, 1. - Per esempio: fr. 6, D. IV, 1. - fr. 18, §. 5; fr. 24, pr. D. IV, 4. - fr. 14, §. 2, D. IV, 2. - Cost. 1, C. II, 34.

(4) Fr. 69, D. L, 17: « Invito beneficium non datur »; fr. 156, ibid.

(5) In questo senso si parla dei pegni privilegiati, dei privilegi del fisco, dei minori, dei militari, delle donne; dei privilegi della dote, ecc. fr. 40, 42, 44, §. 1, D. XXXVI, 7. - fr. 74, D. XXIII, 3. - Cost. VII, 73, 74. - Codice 12, C. VIII, 18. - Nov. 97, Cap. 2, 3. - Nov. 109, c. 1.

(6) Cpr. fr. 1, §. 1, 2, D. I, 4. - §. 6, J. I, 2.

(7) Fr. 196, D. L, 17, e i passi indicati alla nota 1.

(8) Per esempio: fr. 3, D. I, 4.

partiene, o *privilegio personale (privilegium personæ)*, se è costituito in favore di una persona fisica, o di una comunità, o *privilegio reale (privilegium rei, s. prædii)*, ove favorisca un fondo (1).

2. Quanto al suo *obietto*, il privilegio dividesi in *privilegio affermativo (privilegium affermativum)* (2), il quale garantisce a qualcuno un diritto di prelazione particolare, e in *privilegio negativo immunitas, vocatio,* o secondo i moderni, *(privilegium negativum)*, che esenta da un dovere cui gli altri sudditi sono soggetti.

3. Secondo il modo del suo acquisto, il privilegio si distingue in *gratuito* (*priv. gratuitum*) il quale deriva dalla mera liberalità del principe, e in *oneroso* (*priv. onerosum*), ed ha luogo allorquando in ricambio di tale diritto, il privilegiato è tenuto a qualche prestazione, o quando gli si accorda per servigj di già prestati (3).

§. 198. *Della natura legale dei privilegj.*

La natura del privilegio e suoi effetti, non possono venir determinati che secondo la sua estensione particolare. Regole generali:

1. Il privilegio può esercitar pienamente il suo diritto in tutta la sua estensione e niuno può turbarne l'esercizio (4); havvi in conseguenza un diritto proibitivo per cui si escludono dall' esercizio di un diritto analogo, tutti coloro che non posseggono il privilegio medesimo (5).

2. Il privilegio concesso a una persona fisica, non può essere esercitato che da lei (6). Il privilegio accordato a una comunità può, secondo sua natura, esercitarsi o da ogni membro di detta comunità, o solo da qualche agente in nome di tutta la corporazione; il privilegio concesso a un fondo può essere esercitato da ogni possessore del fondo stesso (7).

3. Ogni privilegio è inseparabile dalla persona che l'esercita; il privilegiato non può donarlo, nè alienarlo, nè trasferirlo in altrui (8); ma può cedere ad altri, o a titolo gratuito, o a titolo oneroso, l' esercizio del suo diritto, se però la natura particolare del privilegio non vi si oppone: tale è sempre il caso dei privilegj negativi, e degli affermativi pur anco, ove il loro esercizio sia stato ristretto alla persona del privilegiato.

§. 199. *Dell'estinzione dei privilegj.*

Il privilegio s'estingue:

1. *Secondo la sua natura*, collo spirar del tempo per cui fu accordato (9), e non essendo stato fissato alcuno spazio di tempo, col cessar di vivere della persona cui appartiene. Quindi, il privilegio concesso a una persona fisica, si estingue per la morte di lei (10). Il privilegio concesso a una comunità ha vita finchè la co-

(1) Fr. 1, §. 41-43, D. XLIII, 20. Ordinariamente si colloca fra questi ultimi, i *privilegia causæ*; ma questi non sono privilegj propriamente detti, bensì *jura singularia*.

(2) I *monopolj (monopolia)* in forza dei quali una persona è autorizzata a far *sola ed esclusivamente* una cosa, che altri pure potrebbe fare, ne sono una specie particolare.

(3) Una divisione comunemente adottata dei privilegj è anco la divisione in *priv. gratiosa* e *conventionalia*; essa non è d'importanza, imperocchè la concessione e accettazione, del privilegio ha sempre per base una convenzione, quindi poco importa che il privilegio sia gratuito o oneroso.

(4) Fr. 3, D. I, 4. - Cost. 2, C. I, 14.

(5) Se un altro gode di egual privilegio, ha luogo l'applicazione della regola « privilegiatus adversus æque privilegiatum jure suo (sc. prohibitivo) non utitur »,

(6) Fr. 1, §. 43, D. XLIII, 20. - fr. 1, §. 2, D. I, 4.

(7) Fr. 1, §. 43, D. XLIII, 20.

(8) Ma se è un *privilegio reale*, esso passa al nuovo acquirente coll'alienazione e appendici della cosa.

(9) Cost. 2, C. I, 23.

(10) Fr. 1, §. 43, D. XLIII, 20. - Cost. 13, C. X, 47.

munità esiste (1); il privilegio accordato a una cosa, si estingue colla cosa medesima; se la cosa però torna a rivivere, rivive pure il privilegio (2).

2. *Allorchè il principe revoca il privilegio*; ma generalmente non ha egli tal facoltà, a menochè non abbia accordato il privilegio sotto condizione di poterlo revocare; in ogni altro caso non lo può (3), tranne ove il ben essere dello stato lo esiga, e allora il privilegiato può chiedere l' indennità per la perdita del suo diritto.

3. *Allorchè dall'abuso che il privilegiato fa del suo diritto*, provengono conseguenze dannose allo stato, che in tal caso può, come in pena, interdirgli il suo diritto in via giudiciaria (4).

4. *Per la renunzia espressa* o *tacita* (5). Il diritto canonico riguarda come renunzia tacita, il non esercizio del privilegio per lungo spazio di tempo, quantunque al privilegiato si fosse presentata l'occasione di esercitarlo. Questo modo di estinzione di privilegj, dicesi al presente perdita *per prescrizione*; il diritto canonico fissa per regola un lasso di 30 anni, e per i privilegj della Chiesa di 40 (6).

§. 200. *Del concorso e della collisione dei diritti particolari e generali.*

Il *concorso* ha luogo allor quando differenti persone vantano dei diritti sul medesimo oggetto, senza che alcuna di esse possa esercitarvene uno esclusivo. Ciascuno ivi fa uso del suo diritto in tutta la sua estensione, ma deve per parte sua restringere, nel suo esercizio, il lucro che altri potrebbe ricavare del suo diritto.

La *collisione*, al contrario, esiste quando è contraddizione fra diritti di più persone, contraddizione la quale non permette che a un solo di godere della pienezza del suo diritto. La collisione dunque fa insorger questione all'oggetto di sapere quale di questi diritti debba ottener preferenza sugli altri. Lochè viene determinato per le regole seguenti:

1. Il diritto speciale deve essere preferito al diritto generale; il privilegio adunque è preferito al diritto singolare (*jus singulare*), e questo, al diritto comune (*jus commune*) (7).

2. Se i diritti, tra cui esiste collisione, son tutti e due comuni e speciali, si preferisce quello, che più è favorito dalla legge (8).

3. Se la legge non ha espressamente determinato a quale dei diritti, eguali fra loro, accorda preferenza, allora è necessario distinguere:

a) O i diritti sono in collisione *direttamente*, cioè a dire, che coloro i quali gl' invocano possono esercitarli un contro l'altro, e allora colui che esercitando il suo diritto, vuole evitare una perdita reale, ha la preferenza sull'altro che vuol fare un guadagno (9); ma se tutti e due possono

---

(1) Fr. 4, §. 3, D. L, 15.

(2) Arg. fr. 20, §. 2, D. VIII, 2.

(3) Arg. Cost. 7, C. I, 19. - Cap. 1, *De costitutionibus in IVto.* - Cap. 16, 17, *de reg. jur. in VIto.*, non vi è differenza fra il *priv. gratuitum et onerosum* (§. 190). - Glück, *Commentario*, t. II, §. 107, 108.

(4) Cost. 3, C. XI, 43. - Cap. 43, X. 1, 3.

(5) Fr. 41, D. IV, 4. - Cost. 29, C. II, 3.

(6) Cap. 6, 15, X. 5, 33. In diritto romano, i privilegj negativi non estinguono col non uso. Cost. 2, C. X, 43. Quanto ai privilegj affermativi non troviamo che una sola disposizione, fr. 1, D. L, 11, per cui il privilegio *nundinarum* s' estingue nel lasso di 10 anni.

(7) Fr. 80, D. L, 17: « In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est ».

(8) Per esempio: fr. 3, §. 2, D. XIV, 6. - fr. 11, §. 7; fr. 12; pr. D. IV, 4. Allorchè trattasi di privilegj la legge accorda preferenza al più antico. - Cost. 7, C. I, 19. - Cost. 12, §. 1, C. VIII, 18. - Nov. 91, Cap. I. Lo stesso dicasi del pegno e dell' ipoteca, fr. 12, D. XX, 4; ma lo stesso non accade in fatto d' altri diritti reali e singolari.

(9) Arg. fr. 14, D. XII, 6. - « Natura æquum est, neminem cum alterius detri-

temere una perdita reale, ottien preferenza colui che dall'altro ha ricevuto qualche cosa, senza essersi per ciò locupletato (1). In ogni altro caso, i due diritti in collisione si distruggono, e niuno di essi può esercitarsi (2);

b) O i diritti sono in collisione *indirettamente*, cioè a dire che eglino hanno rapporto con un terzo obietto su cui due persone pretendono esercitare un diritto esclusivo. Allora, colui che ne è in possesso è il preferito (3). Se nessun dei due è in possesso, è necessario vedere se l'oggetto è o non è divisibile; nel primo caso si divide fra tutti coloro che vi hanno uguale diritto (4); nel secondo caso, per lo contrario, i diritti, per regola generale, si distruggono; ma se le circostanze o la qualità dei diritti *esigono* l' esercizio d' uno di essi, la sorte ne decide (5), ove manchi, espressa disposizione di legge (6).

CAPITOLO TERZO

Del modo di perseguitare i diritti, e in particolare, delle azioni ed eccezioni.

§. 201. 1. *Delle azioni.* A. *Idea dell'azione.*

L'azione (*actio*) (1), è un mezzo che ci somministra la legge, a fine di *far condannare* alcuno per mezzo del giudice, a fare o non fare o prestare, ciò che abbiam diritto d'esiger da lui. La natura d'ogni azione suppone adunque per lo meno due persone: un *attore* (*actor*) e un *reo* (*reus*) determinati. Generalmente non si può

---

mento fieri locupletiorem ». Per esempio: fr. 11, §. 6; fr. 34, pr.; fr. 27, §. 1, D. IV, 4.

(1) Fr. 11, §. 6; fr. 34, pr. D. IV, 4; e fr. 126, §. 2; fr. 128, pr. D. L, 17: « In pari causa possessor potius haberi debet ».

(2) Per esempio: fr. 36, D. IV, 3. - fr. 39, D. XXIV, 3. - fr. 17, D. XVIII, 6. - fr. 34, §. 3; fr. 57, pr. §. 3, D. XVIII, 1.

(3) Fr. 128, pr. D. L, 17. - Per esempio: fr. 6, §. 7; fr. 24, D. XLII, 8. - fr. 32, D. III, 3. - Cost. 15, C. III, 32.

(4) Fr. 33, D. XXX, e nel concorso dei creditori. Cost. 6, C. VII, 72.

(5) Per esempio: fr. 13, 14, D. V, 1. - fr. 5, D. X, 2. - Cost. 3, pr. C. VI, 43, e §. 23, J. II, 20.

(6) Per esempio: fr. 38, pr. §. 1, D. XLII, 1. - fr. 7, §. 19; fr. 8, 9, 10, D. II, 14. - fr. 58, §. 1, D. XVII, 1. - Cost. 8, C. VII, 71. - V. più sotto, §. 765, num. 3, 4.

(1) Sul diritto romano antico dell'azioni: Gajo, *Inst. Comm.* IV. - Ever. Dupont, *Disquis. in Comm. IV. Inst. Gaji.* Lugd.-Bat. 1822. - E. Burnouf, *De re judicata et de rei judiciariæ apud Romanos disciplina*, Parigi 1824. - J. J. B. Van Hasselt, *De legis actionibus*, Grœn., 1825. Frid. Guil. de Tigerstrœm, *De judicibus apud Romanos.* Berol. 1826. - Aug. Guil. Heffter. *In libro observat. ad Gaji Inst. comm. IV.* Berol. 1827. Zimmern, *Storia del Diritto* t. III.

Sul diritto nuovo, delle azioni: Istit. IV, 6. - D. XLIV, 7. - Codice, IV, 10. - Donello, *Comm. jur. civ.* lib. XIX. Cap. 1, 2; lib. XXI, Cap. 1, 2. - Idem, *Comm. ad tit. Ist. de actionibus.* Antverp. 1581. Ediz. noviss. Lugd. 1630. - Reinh. Bachovius, *Tract. de actionibus*, ecc. Francof. ad M. 1623. - J. H. Bœhmero, *Doctrina de actionibus*, ecc. Ediz. nov. Francof.

nel processo medesimo far le parti che d' attore, o di reo; vi sono però dei casi eccezionali, in cui ciascuno degl'interessati può essere nel tempo istesso attore e reo. Il diritto romano designa tali azioni col nome di *judicia duplicia* (1).

§. 202. B. *Delle diverse specie d'azioni.* 1. *Secondo la loro origine.*

Le azioni di cui parla il romano diritto, si dividono secondo la loro origine:

1. In azioni *civili* e in azioni *onorarie* (*actiones civiles et honorariæ*), secondochè traggono origine dal diritto civile, o dall'Editto dei pretori e degli edili (*actiones prætoriæ*, *et ædilitiæ*) (2).

2. In *actiones vulgares s. in factum.* Le prime son quelle che in principio ebbero vita in casi esattamente determinati, e riconosciuti ammissibili; esse avevano formule invariabili in diritto o in fatto (*in jus* o *in factum*) (3), secondochè l'azione dell'attore si basava sul diritto civile, o sul diritto pretorio (4). Le seconde cioè l'*actiones vulgares s. in factum*, in senso stretto sono azioni senza formula fissa e propria (5).

Appartengono a questa categoria:

a) Le *utiles actiones* o le azioni introdotte per analogia ad un'azione diretta. In fatti, il pretore accordava l' azione utile in casi pei quali non era essa destinata nel suo principio, ma che era in analogia col caso il quale serviva di base all' azione diretta (6). Le *fictitiæ actiones*, fondate sopra una finzione, erano una specie particolare d' azioni utili (7). Tutte le azioni utili e fittizie derivano dal diritto pretorio.

b) Le *præscriptis verbis actiones* le quali avean luogo: allorchè per vero dire l'azione fondavasi sopra una obbligazione civile, ma però non era applicabile alcuna formula invariabile del diritto civile, attese le modificazioni speciali del caso particolare; in tali casi introducevasi una *formula in jus concepta*, accompagnata da una *præscriptio;* che è quanto dire che la formula introdotta faceva menzione delle modificazioni del caso particolare (8).

c) Le *actiones in factum* nel senso il più stretto; esse avevano unicamente per base l'equità del pretore; a norma delle circostanze venivano sempre create, e non si appoggiavano ad alcuna formula preesistente (9).

§. 203. 2. *Secondo il lor fondamento.*

Secondo il lor fondamento, le azioni

Pr. J. IV, 6. - fr. 8, §. 1, D. L, 16: « Actiones verbo non continetur exceptio »; fr. 2, pr. D. XLIV, 1. - fr. 52, D. XLI, 1. Il fr. 1, D. XLIV, 1, non è punto contrario: « Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est ».

(1) Per esempio: fr. 2, §. 3, D. X, 2. - §. 7, J. IV, 15. - fr. 10, D. X, 1. - fr. 13, 14, D. V, 1. - fr. 37, §. 1, D. XLIV, 7

(2) §. 3, J. IV, 6. - fr. 25, §. 2, D. XLIV, 7.

(3) In alcuni casi eranvi delle formule doppie: Gajo IV, §. 47.

(4) Gajo, IV, 45-47. - Heffter, *in libro observ. ad Gaji comm. IV*, Cap. 12, 13. - Zimmern, *Storia del Diritto*, t. III, §. 51-54.

(5) Fr. 1, pr.; fr. 11, D. IX, X, 5.

(6) Fr. 21, D. XIX, 5. - fr. 47, §. 1, D. III, 5. - fr. 29, §. 7; fr. 53, D. IX, 2. - Sulle *azioni utili*, Heffter, *loc. cit.* pag. 56. - Zimmern, *Storia del Diritto*. §. 54.

(7) Gajo, IV, 34-36. - Ulpiano, XVIII, 12. - Schweppe, *Storia del Diritto*, §. 256.

(8) Gajo, IV, 130-132. - Heffter, *loc. cit.* p. 54. - Zimmern *Storia del Diritto romano*, §. 55. - Le dicevano, per vero, egualmente, *actiones in factum*; fr. 13, §. 1; fr. 22, D. XIX, 5; ma il fr. 15, ibid.; fr. 7, §. 2, D. II, 14, e la Cost. un. §. 13, C. V, 13, dimostrano che esse erano azioni civili.

(9) Fr. 1, pr.; fr. 11, D. XIX, 5. - fr. 25, §. 1, D. XLIV, 7.

si dividono in azioni *reali*, *personali* e *miste* (*actiones in rem*, *in personam*, *mixtæ*) (1).

1. L'azione reale, in senso lato, è quella che proviene da un diritto assoluto; essa può dunque intentarsi contro chiunque leda o contrasti i diritti dell'attore. In questo senso, vi restano comprese pure le *actiones præjudiciales*, quelle cioè che han per fine la dimanda di uno stato o di un diritto di famiglia (2). In senso stretto, al contrario, intendonsi per azioni reali, quelle nascenti dalla proprietà e da diritti reali, non che quelle pel cui mezzo si perseguita un diritto di successione, che in diritto romano diconsi pure *vindicationes* (3). Il fine di queste azioni, è di far riconoscere, per mezzo del giudice, il diritto dell'attore, e di far cessare il danno.

2. Le azioni personali, che nel diritto nuovo, diconsi ancora *condictiones* (4), sono quelle il cui fine è di chiedere la esecuzione di una obbligazione, e che conseguentemente non possono dirigersi che contro la persona (il debitore) specialmente obbligata (5). Queste azioni sono tanto diverse quanto le obbligazioni delle quali son destinate a chiedere la esecuzione; a guisa di queste obbligazioni, sono quelle azioni basate sopra un contratto o sopra un quasi contratto (*act. ex contractu vel quasi ex contractu*), o sopra un delitto o quasi delitto (*act. ex delicto vel quasi ex delicto*), o sopra una disposizione della legge (*act. s. conditiones ex lege*). Le specie seguenti meritano pure d'esser notate:

a) Le azioni nascenti dai contratti o dai quasi contratti sono *actiones directæ* o *contrariæ*, secondochè hanno per fine di domandare l'esecuzione dell'obbligazione basata sul contratto e nascente da lui, o l'esecuzione di una obbligazione reconvenzionale, cui il contratto non dà vita che in progresso, e sotto diverse condizioni (6).

b) Le azioni nascenti dal contratto non possono, generalmente intentarsi, che contro l'obbligato e suoi eredi; in qualche caso eccezionale, possono esse egualmente dirigersi contro un terzo, che per ragioni particolari si obbligò pel fatto d'uno dei contraenti; in tal caso si dicono *actiones adjectitiæ qualitatis* (7).

c) Alle azioni personali nascenti dai delitti appartengono ancora l'*interdetti* (*interdicta*) destinati a garanzia dei possessi; quindi è che solo possono dirigersi contro colui, che per vie di fatto, turba il nostro possesso o ce ne ha privati per violenza; non pochi autori le collocano, nullameno fra le azioni reali (8).

3. Le azioni miste sono ordinariamente quelle, che sotto un rapporto sono reali, e sotto un altro, personali; si annoverano fra queste:

a) Le tre azioni divisorie: *actio familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*; il fine loro è tanto di dividere la cosa fin allora comune, quanto di domandare certi servigi

---

(1) Du Roi, nell'*Archiv. per la prat. civ.* t. VI, p. 252. e seg.; p. 386. e seg.

(2) §. 13, J. IV, 6. - Dig. LX, 12. - Codice, VII, 16. Cpr. ancora: fr. 1, §. 2, D. VI, 1. - fr. 5, §. 18, D. XXV, 3. - Cost. 9, C. VIII, 47.

(3) Gajo, IV, 1, 3, 5. - §. 1, 2, 15, J. IV, 6. - fr. 25, pr. D. XLIV, 7.

(4) Gajo, IV, 5, 18. - §. 15; J. IV, 6. - fr. 1, D. XIII, 2. - fr. 25, pr. D. XLIV, 7. - fr. 24, D. XII, 1.

(5) Gajo, IV, 2. - §. 1, 15, D. IV, 6. - Donello *Comm. jur. civ.* lib. XXI, C. 1, 2.

(6) Per esempio: fr. 17, §. 1; fr. 18, §. 4, D. XIII, 6. - fr. 8, §. 2, D. III, 5. - fr. 1, §. 8, D. XXVII, 4. - In altro senso, il reo può ancora proporre, in materia di servitù ed altri diritti reali, le *actiones contrariæ*, che tendono a provare il contrario di ciò che esige l'attore, fr. 8, pr. D. VIII, 5.

(7) Fr. 5, §. 1, in fine, D. XIV, 1. - v. a tal proposito i §§. 476-478.

(8) Fr. 1, §. 3, D. XLIII, 1. « Interdicta licet omnia in rem videantur concepta *vi tamen ipsa personalia sunt* ».

personali, cui l'uno dei condividenti è verso l'altro obbligato (1).

b) Le *actiones res scriptæ*, cioè le azioni personali, che sotto diverse condizioni particolari, possono egualmente dirigersi contro il terzo possessore della cosa; tale è l'azione *quod metus causa* (2). Ma in realtà, tutte le azioni che si dicono miste, non sono che azioni personali (3).

§. 204. 3. *Secondo il loro objetto.*

Secondo il loro obietto, le azioni si dividono:

1. In *actiones rei persequendæ causa comparatæ* (dette *act. rei persecutoriæ*), in *actiones pœnales* e in *actiones mixtæ* (4).

Fra le azioni *rei persequendæ causa comparatæ*, sono da collocare tutte le azioni reali e le azioni personali tendenti a reclamare una cosa, o a domandare indennizzazione (5).

Actiones pœnales sono azioni derivanti da un delitto, colle quali si chiede una pena, che presso i Romani, consisteva principalmente nel diritto che aveva l'attore d'esigere il duplo, il triplo e il quadruplo del danno cagionato dal convenuto (6).

Actiones mistæ, in questo senso, sono le azioni derivanti da un delitto, le quali mirano tanto a reclamare la cosa o a chiedere la indennizzazione, quanto la comminazione della pena (7).

2. In *actiones speciales* e *generales* secondochè sono destinate a perseguitare una o più cose individue, o una universalità di diritto. Queste azioni si dicono pure *actiones de universitate*, cioè *de hereditate*, *peculio*, *dote* (8).

§. 205. 4. *Secondo il modo d'intentarle.*

Le azioni secondo i diversi modi di intentarle in giudizio, si dividono; per diritto romano:

1. In *actiones stricti juris* (*judicia*, in senso stretto) e in *actiones bonæ fidei* (*arbitria*) (9). Questa divisione non atteneva che alle azioni personali (10), principalmente alla divisione dei contratti *stricti juris* e *bonæ fidei* (363 b). Ciò che le azioni di stretto gius aveano di particolare, si è che l'oggetto per cui s'intentavano era sempre *certo*, e le obbligazioni da cui derivavano erano unilaterali; non avevano dunque esse mai luogo in *contrarium judicium* (11). La formula del giudizio (*formula judicii*) doveva essere rigorosamente redatta secondo i termini del contratto; doveva il giudice esattamente attenersi a questa formula e non poteva in modo alcuno aver riguardo all'equità; egli non poteva dunque riconoscere l'interesse dell'attore, nè prendere in considerazione l'eccezioni del convenuto, se non se quando i fatti su cui basavansi, distruggevano l'azione *ipso jure*, cioè in diritto civile; a menochè il pretore non avesse aggiunto nella *formula judicii* una eccezione capace di togliere qualunque effetto all'azione fondata in diritto civile (§. 200, b). Colle azioni di buona fede, al contrario, si perseguitava sempre una cosa *indeterminata*. Il pretore in somiglianti casi, aggiungeva sempre alla *formula judicii*, la clausula: *et quanto*

(1) §. 20, J. IV, 6. - V. più sotto, i §. 464-467.

(2) Fr. 9, §. 6, 8; fr. 14, §. 3, 5, D. IV, 2.

(3) Vinnius, *Ad Inst.* IV, 6, 1.

(4) Gajus, IV, 69, §. 16, J. IV, 6.

(5) §. 17, J. IV, 6.

(6) §. 18, 21-25, J. IV, 6. - V. più sotto, il §. 465.

(7) §. 19, J. IV, 6.

(8) Fr. 1, pr. §. 1, 3; fr. 73, D. VI, 1. - Noi riscontriamo, al fr. 38, pr. D. XVII, 2, l'espressione *judicia generalia* in altro senso.

(9) Gajo, IV, 61-68. - §. 28-30, J. IV, 6.

(10) Giustiniano ha solamente dichiarato, che la *petizione dell'eredità* (*hæreditatis petitio*) era un'azione *bonæ fidei*. Cost. 12, §. 3, C. III, 31. - §. 28, J. IV, 6.

(11) Cicerone, *Pro Roscio Comm.* c. 4. - Gajo, III, 137. - §. 3, J. III, 22, (23).

æquius melius, o *ut inter bonos agier oportet* (1). Queste parole davano al giudice (detto in tal caso *arbiter*) il potere di giudicare non solo conformemente ai principj di stretto gius, ma di prendere in considerazione anco ciò che era sottinteso a norma dei principj naturali del diritto e della buona fede. Doveva egli adunque riconoscere l'interesse dell'attore, allorchè il contratto non era stato per difetto del debitore eseguito, e rigettare l'eccezione del reo per cagioni d'equità; a modo d'esempio, per dolo o violenza, sebbene la formula non ne avesse espressamente parlato (2). Il reo poteva egualmente opporre *ex ædem causa*, le sue contro-eccezioni (3).

2. Oltre le azioni di stretto gius e di buona fede, il diritto romano aggiunge anco le *actiones arbitrariæ*: difatti, in certe azioni, tanto reali che personali, il pretore ordinava, nell'*arbitrium* del giudice, che il convenuto, specialmente allorquando a tutta evidenza sembrava dover soccombere, dasse sfogo incontinenti, e senza precedente informazione a un fatto corrispondente all'azione dell'attore: ove si fosse ricusato di sottoporsi a questo *arbitrium*, l'affare instruivasi nelle forme ordinarie, e in caso di condanna, il convenuto andava soggetto come in pena a molte dannosissime conseguenze. Infatti, il giudice poteva, aggiudicare *ex bono et æquo* tutta la domanda, e condannare in certi casi il reo a pagare il quadruplo (4).

§. 206. C. *Del concorso di più azioni* (5).

Il concorso di più azioni ha luogo generalmente, allorquando si riuniscono esse nella persona medesima.

1. Il concorso è *obiettivo* allorquando una persona vanta più azioni contro il medesimo convenuto; questo concorso è di quattro specie:

a) È *cumulativo* se queste diverse azioni sono dirette a un medesimo fine e contro oggetti differenti; niuna di esse esclude l'altra, e ciascuna produce gli effetti suoi proprj (6). Questo concorso ha luogo allorchè lo *stesso* fatto illecito serve di base a diverse azioni (7), o allorquando nascono da *diversi* fatti leciti o illeciti (8), ma che non tendono al medesimo fine.

b) È *elettivo* allorchè, per vero dire, queste diverse azioni riposano su differenti basi, ma tendono al medesimo fine principale. L'attore ha in tal caso il diritto di scegliere fra le sue azioni quella che vuole intentare: se per una d'esse non conseguisce il suo fine, è in facoltà d'intentarne altre ancora (9); ma in caso contrario le altre azioni restano distrutte a me-

(1) Cic. *Top.* c. 17; *De officiis*, III, 15, 17.

(2) Applicavasi il principio: *dolum abesse oportere* o *exceptio doli iis inesse*, fr. 6, §. 9, D. XIX, 1. - fr. 84, §. 5, D. XXX. - §. 21, D. XXIV, 3.

(3) Gajo, IV, 61. - §. 30, J. IV, 6.

(4) Gajo, IV, 163, 165. - §. 31, J. IV, 6, e Teofilo, *ad h. l.* - §. 14, §. 3, in fine, §. 4, D. IV, 2. - Zimmern, t. III. §. 67, 68.

(5) Cujacio, *Obs.* lib. VIII, c. 24. - Donello, *Comm. jur. civ.* lib. XXI, c. 3. - H. Vianon, *De concursu actionum.* Traj. ad Rhen. 1736, e in OElrichs, *Thes. diss. nov. Belg.* vol. I, t. 1. - Glück, *Comm.* parte 4. §. 284.a - 284.e - F. C. de Savigny, *Diss. de concursu delictorum formali.* Marb. 1800, §. 4-9. - Baklesse, *De concursu actionum civilium*, Leodii, 1830.

(6) Fr. 45, D. XVII, 2. - fr. 27, pr. D. IX, 2. - fr. 11, §. 2, D. XI, 3. - fr. 54, §. 3, D. XLVII, 2. - fr. 7, §. 1, D. XIII, 1. - fr. 60, D. XLIV, 7. - fr. 130, D. L, 17. - Savigny, *loc. cit.* §. 7.

(7) Per esempio, §. 19, J. IV, 1. - fr. 5, §. 8, D. XIII, 6. - fr. 29, pr. D. XVI, 3, paragonato col fr. 54, §. 1, D. XLVII, 2.

(8) Fr. 18, D. XLIV, 7. - fr. 2, §. 1, 4, D. XLVII, 1.

(9) Fr. 76, §. 8, D. XXXI. - Cost. 1, C. VI, 43. - fr. 18, §. 3, D. XIII, 5. - fr. 93, §. 1, D. XXXII. - fr. 12, §. 1, D. XLI, 2. - Cost. 14, C. III, 28.

nochè una di esse non gli dia vantaggio maggiore di quello che ha ottenuto (1).

c) È *alternativo*; allorchè le diverse azioni, aventi una base comune, hanno differenti oggetti per fine, e la scelta dell'attore è ristretta all'una o all'altra. La scelta da lui fatta distrugge tutte le altre azioni, sia che egli vinca, sia che egli soccomba (2).

d) È *successivo*, allorchè una delle azioni non può intentarsi che dopo un'altra; come l'azione pregiudiciale o preparatoria in rapporto ad un'altra (3), o come un'azione la cui natura non permetta d'essere intentata che una sol volta, ma che dope lei altre ancora possono venire intentate (4).

2. Il concorso è *subiettivo*, allorchè più attori vantano azione contro un sol reo, o un attore contro più rei, o più attori contro più rei. In questo caso, le diverse azioni possono, per principio, intentarsi, o nel medesimo tempo o successivamente (5), tranne allorquando fra più attori o rei, uno non ha diritto od obbligazione se non in quanto l'altro non ha ricevuto o consegnato ciò che forma oggetto del debito (6).

§. 207. D. *Della trasmissione delle azioni.*

Le azioni si trasmettono ad altre persone:

1. Per successione universale (*successio per universitatem*) e *ipso jure*, tanto attivamente agli eredi dell'attore che passivamente a quelli del reo. Questa regola si limita per le seguenti eccezioni:

a) Le azioni penali, tranne quelle d'ingiurie, passano agli eredi dell'offeso (7), ma non possono esercitarsi contro gli eredi del delinquente (8) a menochè il delitto del loro autore non gli abbia locupletati (9).

b) Le azioni *quæ vindictam spirant*, quelle cioè le quali abbenchè non abbiano recata una perdita reale, possono intentarsi per l'offesa al carattere della persona (10), non si trasmettono agli eredi dell'attore, ma possono da questi esercitarsi contro gli eredi del reo (11), se non sono basate sopra un delitto (12). Nullameno, l'azione penale, egualmente che l'azione *quæ vindictam spirat*, una volta intentate e pendenti si trasmettono tanto agli eredi dell'attore che a quelli del reo (13).

2. L'avente diritto può egualmente trasmettere ad altri, durante sua vita, per successione a titolo particolare, azioni isolate; ma questa trasmissione bisogna che sia fatta o per cessione o per delegazione.

§. 208. a. E. *Della durata delle azioni.* 1. *Regola.*

Ogni azione si estingue col diritto

(1) Fr. 28, D. XIX, 1. - fr. 34, pr. in fine, D. XLIV, 7. - fr. 47, D. XVII, 2.

(2) Fr. 19, D. XXXI. - fr. 112, pr. D. XLV, 1. - fr. 4, §. 2; fr. 7, D. XVIII, 3. - fr. 9, §. 1, D. XIV, 4. - fr. 4, §. 3, D. IX, 4. - Cost. 4, C. IV, 54.

(3) Fr. 23, §. 5. D. VI, 1. - fr. 3, §. 6, D. X, 4. - fr. 1, §. 1, D. X, 4. - Cost. 20, C. III, 36. - Cost. 13, C. III, 32.

(4) Fr. 20, §. 4; fr. 44, pr. D. X, 2. - fr. 4, §. 2, D. X, 3.

(5) §. 2, J. IV, 4. - fr. 44, D. XV, 1. - fr. 1, §. 17, D. XIV, 1. - fr. 1, §. 10; fr. 2; fr. 3, D. IX, 3. - Cost. 5, C. V, 51.

(6) §. 1, J. III, 16, (17). - fr. 32, pr. D. XV, 1. - fr. 6, §. 4, D. IV, 9. - fr. 11, §. 8-10; fr. 28, D. XLIV, 2. - Cost. 28, C. VIII, 41.

(7) Gajo, IV, 112. - §. 1, J. IV, 12, e Teofilo, *ad h. l.*

(8) Fr. 1, pr. D. XLVII, 1. - fr. 111, §. 1, D. L, 17. - fr. 22, D. XXXIX, 1.

(9) Fr. 38, 127, D. L, 17. - Cost. un. C. IV, 17.

(10) Per esempio, la *querela inofficiosi testamenti et donationis*, l'azione in revoca d'una donazione per causa d'ingratitudine.

(11) Fr. 6, §. 2; fr. 7, D. V, 2. - Cost. 5, 34, C. III, 28. - Cost. 7, 10, C. VIII, 56.

(12) §. 1, J. IV, 12. - fr. 13, pr. D. XLVII, 10.

(13) Fr. 26, 33, 58, D. XLIV, 7. - fr. 139, pr.; fr. 164, D. L, 17.

su cui essa si fonda. Ma finchè il diritto esiste, l'attore, a norma dei generali principj, ha facoltà d'intentare in ogni tempo la sua azione.

Secondo l'antico diritto romano l'azioni erano, per regola generale, perpetue *(perpetuæ)*, e solo in qualche caso, specialmente nelle azioni pretorie, la legge fissava uno spazio entro il quale dovevano esse intentarsi a pena di decadervi. Si dicevano esse, per contrapporle alle prime, *actiones temporales* (1). Il diritto nuovo al contrario, accorda in generale un lasso di anni 30 a tutte quelle azioni che in prima si dicevano perpetue (2). Trascorso dunque questo spazio di tempo, possono venire rigettate ed estinte per prescrizione (*temporis exceptio s. præscriptio*). I moderni chiamano questo mezzo d'estinguere le azioni, *prescrizione delle azioni*, che è una specie della *prescrizione estintiva*.

§. 209. b. *Eccezioni a questa regola.*

Ma la regola del nuovo diritto, in forza della quale le azioni si estinguono per il lasso di anni trenta, contando dal momento in cui hanno vita (3), va soggetta alle seguenti eccezioni:

1. Vi sono delle azioni che durante un certo spazio di tempo, non incontrano alcuna prescrizione. Tali sono, durante il matrimonio (4), le azioni concesse alla donna maritata pei beni dotali alienati dal marito; al figlio di famiglia pei suoi beni avventizj alienati invalidamente dal padre, pendente il corso tutto della patria potestà (5), e le azioni accordate al pupillo durante la impubertà e la tutela (6).

2. Le altre azioni non si estinguono che pel lasso di anni 40, contando dal momento della loro esistenza. Tali sono le azioni pei beni dello stato, e per i beni patrimoniali del principe, non meno che quelle riguardanti i beni ecclesiastici di stabilimenti pii, e delle città (7). Tale è l'azione ipotecaria, che può intentarsi contro il debitore e suoi eredi (8); quando un'azione è intentata, e il processo è stato abbandonato dopo la *litis contestatio*, l'azione non si estingue che dopo quarant'anni a datare dal momento dell'ultimo atto di procedura, sebbene in avanti si fosse potuta prescrivere per un lasso di tempo meno lungo *(præscriptio litis pendentis)* (9).

3. Finalmente le antiche *actiones temporales* che venivano sempre prescritte per un lasso di tempo determinato e minore di anni 30, estinguevansi ancora in questo medesimo spazio di tempo (10). Tali sono tutte le azioni pretorie derivanti da delitto,

(1) Gajo, IV, 110. - Pr. J. IV, 12.

(2) Cost. 3-8, C. VII, 39. - Cod. VII, 40.

(3) Cost. 3, C. VII, 39: « *ex quo juré competere cœperunt* ». Cost. 7, §. 4, C. ibid.

(4) Cost. 30, in fine, C. V, 12.

(5) Cost. 4, C. VI, 61. - Cost. 1, §. 2, C. VII, 40. - Nov. 22, Cap. 24.

(6) Cost. 3, C. VII, 39: « *Sed pupillare ætate duntaxat* huic eximenda sanctioni ». Così dal momento della *pubertà*, corre contro ogni minore la prescrizione d'anni trenta; la prescrizione delle sole azioni temporarie d'un impubere o d'un minore, cominciano a decorrere dal momento della sua *maggiorità*. Cost. 5, C. II, 41.

(7) Cost. 4, 6, C. VII, 39. - Cost. 14, C. XI, 61. - Secondo le anteriori disposizioni di Giustiniano, le azioni delle chiese e degli stabilimenti di beneficenza non si estinguono che pel lasso di 100 anni (Cost. 23, C. 1, 2. - Nov. 9), ma in seguito fu ristretto questo tempo ai 40 anni. - Nov. 111; nov. 131, cap. 6. - Secondo il diritto canonico, l'azioni della Chiesa Romana non si estinguono che per lo spazio di anni 100, C. 16, 17, C. 16, qu. 13. - C. 13, 14, 17, X, 2, 26. - C. 2, *De præscr. in VIto.*

(8) Cost. 7, §. 1, C. VII, 39.

(9) Cost. 9, C. VII, 39. - Cost. 1, §. 1, C. VII, 40.

(10) Cost. 3, C. VII, 39. « Hæ autem actiones annis triginta continuis extinguantur, non *illæ quæ antiquis temporibus limitabantur* ».

e per conseguenza anco gl'interdetti destinati a difesa dei possessi turbati per vie di fatto; in seguito le azioni di restituzione, le azioni edilizie e la *querela inofficiosi testamenti* (1).

§. 210. c. 3. *Principii particolari sulla prescrizione delle azioni.*

Ne rimane ancora da stabilire qualche principio particolare sulla prescrizione delle azioni.

1. Il fondamento della prescrizione delle azioni è unicamente basato nella negligenza e inazione giudiciaria dell'avente diritto; è per tal motivo che in diritto romano non si esamina giammai la buona fede del reo che invoca la prescrizione (2). Ma pel diritto canonico tutte le azioni, tanto reali che personali, tendenti a dimandare la restituzione di una cosa, non si prescrivono, ove il possessore della cosa sia in mala fede; e in tutte le altre azioni personali, la negligenza dell'avente diritto è a lui nocevole ancorchè il reo si trovi in mala fede (3).

2. La prescrizione d'un'azione comincia a decorrere solo dal momento in cui trova base in diritto (4) e in cui l'attore può intentarla (5).

3. Nelle azioni che si prescrivono solo per il lasso di 30 o 40 anni, il tempo della prescrizione è tempo sempre continuo *(tempus continuum)*, e in alcune azioni temporarie è utile *(tempus utile)*; la prescrizione è perfetta unicamente, quando l'ultimo giorno (*dies novissimus*) è per intero spirato (6).

4. La prescrizione dell'azione s'interrompe, o coll'intentare l'azione o colla *litis contestatio* (7), o con una protesta fatta in doppia forma (8) o colla recognizione espressa o tacita del debito per parte del debitore (9).

5. La prescrizione dell'azione mira unicamente ad escipere contro la domanda (*exceptio, præscriptio*). Da ciò ne avviene che l'estinzione dell'azione non toglie all'attore interamente il suo diritto, mentre può egli esercitarlo ancora per altra via; per esempio, per eccezione, non però mai per azione (10).

6. Non havvi risarcimento contro la prescrizione delle azioni di 30 o 40 anni (11).

§. 211. II. *Della litis contestatio* (12).

Nell'antica procedura romana, la *litis contestatio* era un atto avanzato

---

(1) Pr. J. IV, 12. - fr. 28, D. XXI, 1. - fr. 8, §. 17; fr 9, D. V, 2.

(2) Cost. 8, §. 1, C. VII, 39. - « Si vero mala fide etc. ».

(3) Cap. 5, 20, X, 2, 26.

(4) Cost. 3, C. VII, 39: « ex quo jure competere cœperunt ». - Cost. 7, §. 4, C. ibid. - Cost. 1, §. 1, C. VII, 40. - fr. 9, §. 3, D. XIII, 7.

(5) Quindi la regola: « Agere non valenti non currit præscriptio ».

(6) Fr. 6, D. XLIV, 7: « In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.

(7) Cost. 9, C, VII, 39. - Cost. 2, C. III, 19. - Cost. 10, C. VII, 32. - Cost. 1, 2, 10, C. VII, 33.

(8) Cost. 2, 3, C. VII, 40.

(9) Per esempio: Cost. 7, §. 5. Cost. 8, §. 4, C. VII, 39. - fr. 18, §. 1, D. XIII, 5. - Cost. 5, C. VIII. 40. - Cost. 19, C. IV, 21.

(10) Da qui la regola: « Quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua »; fr. 5, §. 6, D. XLIV, 4. - Cost. 5, 6, C. VIII, 36. - Cost. 2, C. VIII, 31. - fr. 2, D. XLIV, 3, combinato col fr. 59, D. XXI, 1. - Questo punto è molto controverso fra gli scrittori; alcuni adottano l'opinione che la prescrizione estingua la sola azione e non il diritto in se stesso. Donello, *Comm. jur. civ.* lib. XXII, c. 2, in fine; non meno che Weber, Tibaut, Dabelow, Glück, ecc. - Altri insegnano che il diritto si perde coll'azione; son questi Kori, Sommer, Linde, Wening-Ingenheim, Lœhr. - Thibaut, adotta anche questa opinione per la *præscr. longissimi temporis*. Guyet, Francke, Unterholzner, Rosshirt, sono per la prima opinione; Heimbach e Buchel, per la seconda.

(11) Cost. 3, 4, C. VII, 39.

(12) Cod. III, 9. - Donello, *Comm. jur. civ.* lib. XXIV, C. 1. - C. G. Winckler,

da qualunque delle parti. Di fatti, allorchè l'attore aveva prodotta l'azione che voleva intentare, e che il pretore aveagli concessa, veniva fissato un termine per discutere la causa. Perdurante questo tempo, l'attore esponeva la sua azione, e il convenuto vi rispondeva, sia confessando (*confessus in jure*) i fatti sui quali l'azione posava, sia negandoli, sia opponendo eccezioni dirette a difendersi dall'azione (§. 200 b). La domanda dell'attore e la risposta del reo, formavano un complesso di fatti chiamato *litis contestatio* (1), che rendeva pendente la lite (*lis pendens*), e le di cui conseguenze erano importantissime. Infatti per diritto nuovo (2):

a) La litis-contestazione interrompe ogni prescrizione, tanto quella dell'azione, quanto l'usucapione per parte del reo (3).

b) La cosa che forma oggetto della lite, diventa *res litigiosa*; essa impedisce all'attore di cedere l'azione intentata, e al reo d'alienare e cambiare la cosa oggetto della lite (4).

c) Appena esiste contestazione, il processo deve esser continuato davanti lo stesso giudice, che ne ha dapprima conosciuto, quando anche il reo non sia più soggetto al suo tribunale (5).

d) Il reo acquista il diritto d'intentare, davanti al giudice cognito dell'azione, una contro azione, anche quando il giudice sia incompetente, avuto riguardo agli attori (6).

e) Dal momento della litis-contestazione, il possessore, sebbene fin allora di buona fede, si considera come possessore di mala fede, quanto a tutti gli accessorii che deve restituire unitamente alla cosa principale (7).

f) Le azioni che non si trasmettono agli eredi, nè contro gli eredi, (§. 197 c.), acquistano questa qualità per la litis contestazione (8).

g) Infine essa dà luogo a una *prorogatio jurisdictionis*, allorchè il reo provocato davanti un giudice incompetente, non oppose l'eccezione *judicis incompetentis* (9).

§. 212 e 213. III. *Delle eccezioni* (10). A. *Nozioni generali.*

Il reo aveva, per diritto romano, più mezzi per rispondere all'attore:

Discrimen inter litis contestationem jure veteri et hodierno. Lips. 1751. - C. F. Vossler (pr. Malblanc), *Diss. de litis contestatione Romanor*. Tübing. 1808. - Glück, *Comm.* t. VI, §. 499. Danz. *Diss. de litis contestatione, quæ fuit tempore legis actionum*. Jenæ, 1831.

(1) Questo nome proviene dalla consuetudine dei Romani negli antichi tempi, consistente in questo; l'attore cominciando il processo, chiamava qualcuna delle persone presenti, come testimonj, lochè dicevasi *antestari* o *contestari*. Festus, *De v. sig. sub voce contestari*. Quindi, ancora dicesi dell'attore: *actor litem contestatur:* fr. 48, D. XLVI, 2. - fr. 3, §. 10, D. XLVI, 7. - fr. 11, pr. D. XIII, 7. - fr. 35, §. 2, D. XII, 2, e la Cost. 1, C. III, 9. - Nov. 96, C. 1; dicevasi del convenuto: *judicium accipit*, fr. 28, §. 2, D. V, 1. - fr. 16, D. III, 3.

(2) Perchè il diritto nuovo non parla più della *novatio necessaria*, che nell'antico diritto era, in un *judicium legitimum* la conseguenza della litis-contestazione.

(3) Cost. 9, C. VII, 39. - Cost. 10, C. VII, 32. - Cost. 2, 10, C. VII, 33. - Cost. 2, C. III, 19. - Cost. 3, C. VII, 40. - Unterholzner e Buchholtz, sono d'opinione diversa quanto all'usucapione; ma v. la Cost. 2, C. III, 19: tamquam lite contestata.

(4) Dig. XLIV, 6. - Cod. VIII, 37. - fr. 13, D. X, 2. - fr. 12, D. VI, 1. - Nov. 112, C. 1. - Clem. 2, *ut lite pendente* (II, 5).

(5) Fr. 19. pr. D. II, 1. - fr. 7, 30, 34. D. V, 1. - C. 19, X, 2, 2. - C. 20, X, I, 39.

(6) Nov. 96, C. 2, §. 1. - C. 3, *De rescriptis in VIto*.

(7) Fr. 20, §. 11; fr. 25, §. 7; fr. 40, pr. D. V, 3. - fr. 20, 45, D. VI, 1. - fr. 2, 34, 35, D. XXII, 1. - Cost. 1, §. 1, C. III, 31. Cost. 22, C. III, 32.

(8) §. 1, J. IV, 12. - fr. 26, 58, D. XLIV, 7. - fr. 87, 139, 164, D. L, 17. - Cost. 5, C. III, 28. - Codice, 1, 20.

(9) Fr. 51, 52, pr. D. V, 1. - Cost. 13, C. VIII, 36. - C. 19, X, 1, 29.

(10) Gajo, IV, 116, seg. - Ist. IV, 13. -

1. Poteva per la litis-contestazione negativa, negar semplicemente i fatti che servivano di base all'azione dell'attore.

2. Il reo poteva produrre nuovi fatti pei quali il diritto romano dell'attore veniva a distruggersi *ipso jure*, cioè per diritto civile; questo mezzo tendeva a render nulla ogni azione; per esempio se il debito era di già stato pagato o rimesso per l'accettilazione (1), il Giudice doveva ciò considerare d'uffizio (*ex officio*) quand'anche non fosse stata questione sulla formula del giudizio (*formula judicii*).

3. Infine il reo poteva invocare dei fatti che sebbene non distruggessero l'azione *ipso jure*, nullameno gli davano diritto alla difesa del pretore, *quia iniquum foret cum condemnari;* se per esempio egli provava il dolo o la violenza o la remissione del debito per un patto *de non petendo*. Questi mezzi di difesa che il pretore somministrava per equità contro un'azione basata in diritto civile, e ch'egli inseriva nella formula della sentenza, perchè dal giudice fossero presi in considerazione, si dicevano: *exceptiones seu præscriptiones*. L'azione non veniva distrutta *ipso jure*, ma i suoi effetti s'annullavano per eccezione (2). Nel diritto moderno, l'idea d'eccezione è più estesa che nel diritto romano. Al presente per *eccezione* intendesi qualunque obiezione del reo, non compresa nella categoria della litis-contestazione puramente negativa; essa comprende il caso in cui il reo invoca dei nuovi fatti pei quali cerca difendersi contro la domanda senza distinguere, se per diritto romano l'azione annientavasi di pieno diritto (*ipso jure*) o rimaneva senza effetto per una eccezione (*per exceptionem*) (3).

§. 214. B. *Delle diverse specie d'eccezioni.*

In rapporto alla loro origine, le vere eccezioni trovano fondamento, per diritto romano:

1. Secondo la loro origine sull'editto del pretore. In appresso, le leggi e i senatus-consulti s'introdussero; quindi la loro divisione in *civili* e *pretorie* o *onorarie* (4).

2. Secondo l'effetto che producevano, dividevansi in eccezioni *perentorie* e *perpetue* (*peremptoriæ seu perpetuæ*) che distruggevano per sempre l'azione, interamente o in parte, e in eccezioni *dilatorie* o *temporarie*, che rimuovevano l'azione per un tempo determinato (5).

3. Finalmente, in rapporto alla persona che l'esercita, l'eccezioni sono *personali* o inerenti alla persona (*exc. in personam conceptæ s. personæ inhærentes*) e *reali* o *inerenti alla cosa* (*in rem conceptæ s. rei cohærentes*). Le prime sono interamente personali, e non possono opporsi che dalla persona cui la legge l'accorda; le seconde al contrario, si riportano al fatto o alla cosa che forma oggetto della lite; e possono opporsi da chiunque ne abbia interesse; a modo d'esempio, dagli eredi e fidejussori del vero debitore (6).

§. 215. C. *Della durata delle eccezioni.*

Per regola generale, l'eccezioni non vanno soggette a prescrizione, comecchè il loro uso sia subordinato alla

---

Dig. XLIV, 1. - Codice, VIII, 36. - Donello, *Comm. jur. civ.* XVI, 2; XXII, XXIV, 1.

(1) Gajo, III, 168-181.

(2) Gajo, IV, 116, 117. - pr. §. 1-5, J. IV, 13.

(3) Ecco il perchè oggi abbiamo l'eccezione di pagamento *(exceptio solutionis)* che in diritto romano, non era eccezione. Gajo, III, 168.

(4) Gajo, IV, 118. - §. 7, J. IV, 13.

(5) Cicerone, *De invent.* II, 20. - Gajo, IV, 120-125. - §. 8-10, J. IV, 13. - fr. 3, pr. D. XLIV, 1. - Zimmern, *Storia del diritto*, t. III, §. 95.

(6) Fr. 7, D. XLIV, 1. - §. 4, J. IV, 14. - fr. 24, 25, D. XLII, 1.

condizione dell' azione (1). Questo principio si applica non solo alle eccezioni, che non possono giammai farsi valere che come eccezioni, per la natura stessa del diritto che lor serve di base (2), ma ancora ai casi in cui il diritto sul quale esse riposano, avrebbe potuto sostenersi per un' azione estinta per prescrizione (3). Vi ha non ostante delle eccezioni che si estinguono dopo un certo spazio di tempo, quand' anche l'azione alla quale potevano esse opporsi non fosse intentata durante questo tempo (4).

§. 216. IV. *Della replica.*

Come il reo può opporre un'eccezione all'azione, così l'attore può, per mezzo di nuovi fatti e circostanze, non che per capi particolari di diritto, render nulla l'eccezione del reo, e, per tal via, sostenere la sua domanda. Questa nuova allegazione dell'attore dicesi la *replica* (*replicatio*) (5).

§. 217. V. *Della duplica.*

La risposta del reo alla replica, dicesi la *duplica* (*duplicatio*) (6), e la replica dell'attore alla duplica, si dice la *triplica* (*triplicatio*) (7) ec. non può in generale determinarsi il numero di queste risposte. In prima istanza, si chiude ordinariamente il giudizio dopo la duplica, e, in ogni caso, il reo deve aver per ultimo la parola.

§. 218. VI. *Della durata delle repliche e delle dupliche.*

Le repliche, dupliche, e tutte le risposte reciproche delle parti, debbono riguardarsi generalmente come eccezioni capaci d' interrompere qualunque prescrizione (8); ma l' azione prescritta non può altrimenti opporsi come replica (9).

---

(1) Fr. 5, §. 6, D. XLIV, 4. - Cost. 5, 6, C. VIII, 36.

(2) Per esempio, l' eccezione *solutionis et pacti de non petendo.*

(3) Per esempio, l' eccezione redibitoria (*exceptio redhibitoria)* fr. 2, D. XLIV, 3, combinato col fr. 59, pr. D. XXI, 1. - V. p. 116, nota 7.

(4) A questa classe appartengono l'eccezione non *numeratæ pecuniæ* (§. 415), l'eccezione *dotis cautæ sed non numeratæ* (§. 416), e l'eccezione *non solutæ pecuniæ* (§. 490).

(5) Fr. 2, §. 1.; fr. 22, §. 1, D. XLIV, 1. Su tutto, pr. J. IV, 14. Per esempio: fr. 9, §. 4, D. XII, 2. Gajo, IV, 126.

(6) §. 1, J. IV, 14. - Gajo IV, 127.

(7) §. 2, J. ibid. - fr. 2, §. 2, 3, D. XLIV, 1. - Gajo IV, 128.

(8) Fr. 2, §. 1-3; fr. 22, §. 1, D. XLIV, 1. - Cost. 6, C. VIII, 26.

(9) Fr. 9, §. 1, D. XII, 3.

ISTITUTE DI DIRITTO ROMANO

PARTE SPECIALE

ISTITUTE DI DIRITTO ROMANO

PARTE SPECIALE

LIBRO PRIMO

Dei Diritti reali.

§. 219. *Nozione e natura generale dei diritti reali.*

Un *diritto reale* è quello che ci appartiene immediatamente sopra una cosa, perciò soggetta al nostro potere legale ed alla nostra volontà, o sotto ed a tutti i rapporti, o sotto alcuni rapporti soltanto (1).

I seguenti principj generali derivano dalla nozione e dalla natura del diritto reale.

1. Ogni diritto reale crea la possibilità *legale* di disporre della cosa, e perciò essenzialmente distinguesi dal semplice possesso della cosa, che è la possibilità *fisica* di disporne. Il diritto non va dunque in piun modo subordinato alla condizione del possesso della cosa; ma conservasi ancora colla perdita di questo possesso.

2. Ogni diritto reale, risguardato in se stesso, è un diritto assoluto, ch' è quanto dire che colui al quale appartiene, lo esercita direttamente sulla cosa contro ogni altro, ed esiste, abbenchè niuna data persona sia particolarmente obbligata (§. 15). Corrisponde a questo diritto il dovere negativo di tutti, di non turbare in modo alcuno, nell' esercizio del suo diritto, colui al quale esso diritto appartiene (§. 16). Egli è in ciò che essenzialmente distinguesi il diritto reale dalle obbligazioni (§. 180).

3. Ogni diritto reale può venire esercitato, per mezzo di un' azione reale (*actio in rem*) da colui al quale compete, contro chiunque possiede la cosa o glie la contrasta (2).

4. Finalmente, ogni diritto reale dee necessariamente finire colla distruzione totale della cosa, sulla quale si esercita (3).

§. 220. *Delle specie di diritti reali in diritto romano.*

I diritti che possono aversi su cose individuali sono, il diritto romano, di due specie: il *dominium* e i *jura in re*. Questi ultimi vogliosi considerare come parti costituenti, separate dalla proprietà, e che spettano, come diritti particolari, a tutt' altri che al proprietario (4). Egli è per questo che i moderni gli chiamano anche *jura in re aliena*. Sono essi le servitù,

(1) Sulla nozione del diritto reale, V. Hugo, nella *Thémis*, t. VIII; parte 2. p. 1; t. IX, p. 34.

(2) §. 1, J. IV, 6. - Gajo, IV, 3. - fr. 25, pr. D. XLIV, 7.

(3) Fr. 8, pr. D. XX, 6. - Cpr. fr. 23, D. VII, 4. - fr. 14, D. VIII, 6.

(4) Savigny, *Trattato del possesso*, pag. 100 (trad. dal tedesco, per J. Beving).

l'enfiteusi, il diritto di superficie e i diritti di pegno e d'ipoteca. Oltre la proprietà e i *jura in re* che abbiam nominati, fa d'uopo ancora riporre nel numero dei diritti reali, il *diritto di successione*, considerato come diritto dell'erede sull'eredità, che gli è devoluta; questo diritto, infine, può esser perseguito con un' azione reale *(actio in rem)*; ma relativamente al suo obietto, distinguesi da tutti gli altri diritti reali, in quantochè non ha per obietto cose individuali, ma tutti i beni lasciati dal defunto, considerati siccome un tutto legale, siccome una universalità di diritto (§. 130) (1).

Il possesso, per lo contrario, che, risguardato in se stesso, non è un diritto (2), ma un semplice stato di fatto, ha pure egualmente, sotto certe condizioni, delle conseguenze legali, imperocchè fa allora nascere diversi diritti, coi quali sta in correlazione, peculiarmente il diritto di invocare gl'interdetti e l'usucapione (3). I principj, i quali regolano il possesso, considerato siccome uno stato legale provvisorio, debbono adunque precedere la materia della proprietà e quella dei diritti reali.

---

(1) Il diritto romano considera il diritto di successione talvolta come un acquisto per universalità *(acquisitio per universitatem)*, §. 6, J. II, 9; Donello *Comm. jur. civ.* VI, 1; talvolta ancora come il diritto dell' erede sulla successione acquisita, o come una quasi proprietà della successione *(quasi dominium hæreditatis)*, §. 7, J. II, 19. - fr. 48, pr. D. XXVIII, 5. Preso in questo ultimo significato, appartiene certamente ai diritti reali; perchè la nozione di diritto reale è comprensiva della nozione del potere di perseguitare per mezzo d' un' azione reale *(actio in rem)*, e la petizione dell' eredità *(hæreditatis petitio)* che compete all' erede per reclamare la successione, è un'azione reale. La combinazione di questi due modi di vedere, sotto cui si considera il diritto di successione ci forza a spiegarlo separatamente, al libro IV.

(2) Fr. 1, §. 3, D. XLI, 2: « *Possessio facti non juris est* ». Savigny, *Trattato del possesso*, §. 2-5.

(3) Fr. 49, pr. D. XLI, 2: « Plurimum ex jure mutatur possessio »; - fr. 49, §. 1, ibid. « possessio non tantum corporis, sed juris est ».

CAPITOLO PRIMO

Del Possesso (1).

TITOLO PRIMO

Del Possesso in generale.

§. 221. I. *Dell'idea e della natura legale del possesso.* 1. *Della detenzione.*

Il *possesso*, nel senso grammaticale della parola, è un fatto per cui una persona tiene in suo potere una cosa corporale, di guisa che possa disporre secondo la sua volontà, e ad esclusione di ogni altra. Questo rapporto fisico, esistente fra un uomo ed una cosa, chiamasi *detenzione*, base di ogni idea di possesso (2).

§. 222. 2. *Del possesso giuridico.*

Ma, affinchè questo fatto puramente corporale, possa cambiarsi in un possesso giuridico (*possessio*), e creare

---

(1) Fonti: Gajo IV, 138-170. - Inst. IV, 15. - Dig. XLI, 2, 3; XLIII, 16-23, 26, 31. - Cod. Theod. IV, 22, 23. - Cod. Just. VII, 32; VIII, 4, 5, 6, 9.

Bibliografia: Donello, *Comm. jur. civ.* Lib. V, cap. 6-13. - Cujacio, *Recit. ad Dig. et Cod.* h. t. (in operibus, t. VIII, IX). - Franc. Ramos del Manzano, *Ad tit. Dig. de acquirenda poss.* in Meerman *Thes.* t. VII, p. 78-114. - Jos. Fernandez de Retes, *Ad eumd. tit. Dig.* ibid. t. VII, pag. 454-539. - Pothier, *Trattato del possesso e della prescrizione.* Parigi e Orleans, 1772. Nov. edit. Parigi, 1807. (Edit. Tarlier, Bruxelles, 1829-1834, t. V). - Westphal, *System des Rœm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, u. s. w.* o *Sistema di diritto romano sulla specie delle cose, possesso ec.* Leipzig, 1788. - A. J. Cupero, *Obs. selectæ de natura possessionis.* Lugd.-Bat. 1789. Denuo edidit, adj. animadv. A. F. J. Thibaut, Jenæ, 1804. - Thibaut, *Ueber Besitz und Verjæhrung*, o *Del possesso e della prescrizione.* Jena, 1802. - J. C. Lange. *Phil. Jurist. Abhandl. über die natur des Besitzes*, o *Diss. fil. giuridica sulla natura del possesso*, 2. vol. Erlangen, 1813, 1818. - G. Hufeland, *Neue Darstellung der Rechtslehre vom. Besitz*, o *Nuova esposizione della teoria del possesso.* Giessen 1816. - L'opera la più rimarchevole su questa materia è: Savigny, *Das Rechst des Besitzs*, o *Trattato del possesso*, 1. ed. Giessen, 1803; 2., 1806; 3., 1818; 4., 1822; 5., 1827; 6., 1837. In appresso: L. A. Warnkœnig, *Analisi del trattato del possesso del Sig. di Savigny.* Liege, 1824; 3. ed. 1827. -Th. M. Zacaria, *Neue Revision der Theorie des Rœm. Rechts vom Besitze mit besonderer Rücksicht auf von Savigny's Recht des Besitzes*, o *Nuova rivista della teoria del possesso nel diritto romano, secondo il trattato del possesso di Savigny.* Leipzg, 1824. - L'Opera del Sig. di Savigny è stata per intero tradotta in Francese, sulla 6. edizione, per J. Beving. Hauman, e C. Bruxelles, 1840. - C. T. Kock, *System. Darstellung der Lehre vom Besitze nach Preuss. Rechte in Vergleichung mit dem gemeinen Rechte*, o *Esposizione sistematica del diritto del possesso secondo il diritto prussiano, paragonato al diritto comune.* Berlino, 1826. - F. J. Schollært, responsio ad questionem: *Quid sit possessio, quotuplex, quomodo acquiratur, retineatur et ammittatur*; in annal. Acad. Lovan, 1820. - L. E. Dubus, *De possessione ex jure romano.* Lovanii, 1825. - Lherminier, *De possessione analitica Savignanæ doctrinæ espositio.* Parigi, 1828.

(2) Fr. 1, pr. D. XLI, 2. « Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a pedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit ».

così certi diritti, fa d'uopo, che il detentore al fatto istesso della detenzione congiunga l'intenzione (*animus*) di voler posseder la cosa come sua proprietà (1). Così allorquando l' intenzione del detentore d'una cosa è di possederla come cosa *altrui* e di non esercitare che i diritti di proprietà *altrui*, il diritto romano dice: *non possidet*, cioè non ha in possesso giuridico; oppure *alieno nomine possidet*, possiede per altri (2).

§. 223. 3. *Degli effetti del possesso giuridico o vero possesso.*

Il vero possesso dà a colui, il quale ne gode, un diritto di potere invocare gl'interdetti, e condurre, per via dell'usucapione, alla proprietà (3).

1. Il *diritto d'invocare gl'interdetti* suppone l' esistenza d'un vero possesso, qualunque sieno del resto le altre qualità di questo possesso. Colui che possiede ingiustamente può dunque, per regola generale, reclamare gl' interdetti, ove sia da altri turbato nel suo possesso (4).

2. L' *usucapione* suppone del pari l' esistenza d' un vero possesso, ma questa condizione di per se sola non basta; fa anche di mestieri, che il possesso abbia avuto principio giustamente ed in buona fede (*bona fide*), e la cosa, che forma l'obietto dell'usucapione, dev'essere di natura tale da potersi usucapire.

§. 224. 4. *Delle specie del vero possesso.*

Il vero possesso è dunque di due sorta:

Possessio ad usucapionem, e
Possessio ad interdicta (5).

Queste due specie, in cui si divide il vero possesso, sono fra loro nel seguente rapporto: o la *possessio ad usucapionem* è destinata a produrre alcuni effetti maggiori che non la *possessio ad interdicta*, la quale è sempre compresa nella prima (6), lo che non avviene viceversa. A tal differenza fra queste due specie del vero possesso si riferiscono le espressioni particolari, di cui fanno uso i giureconsulti romani, per indicare i rapporti legali di questo possesso coll'usucapione e cogli interdetti.

1. La *possessio ad usucapionem* ha sola nome di *possessio civilis*, e di colui, il possesso del quale riunisce le qualità richieste dall' usucapione, si dice: *civiliter*, *jure civili possidet* (7). Ogni altro possesso, che non riunisce queste qualità, o così la sem-

---

(1) È necessario con tutto ciò guardarsi dal confondere il *possesso* colla *proprietà*. Può aversi il possesso giuridico d'una cosa senza esserne proprietario, e viceversa si può esserne proprietario e non possessore. È per tal ragione che il fr. 12, §. 1, D. XLI, 2, dice: « Nihil commune habet proprietas cum possessione ». - fr. 52, pr. D. ibid. « Nec possessio et proprietas misceri debent » fr. 17, §. 1, D. ibid. - Sull' idea dell'*animus possidendi*, v. Savigny, §. 9, 23-25.

(2) Così il commodatario, il depositario e il colono (*colonus*) non hanno che la detenzione; fr. 13, pr.; fr. 30, §. 6, D. XLI, 2. - Cpr. fr. 9, D. VI, 1.

(3) Queste sono le conseguenze che derivano dal vero possesso, che appellasi *jus possessionis*, o il *diritto nato dal possesso*. Savigny, §. 2-5. - L'espressione *jus possessionis* trovasi nel fr. 44, pr. D. XLI, 2. - fr. 2, §. 38, D. XLIII, 8. - fr. 5, §. 1, D. XLVIII, 6. - Cost. 5, C. VII, 16. - L'*jus possidendi* o il *diritto sul possesso* differisce essenzialmente; questi non è che la conseguenza d' un altro diritto; noi non ce ne occuperemo in questo luogo in cui dobbiamo riguardare il possesso come un fatto particolare, esistente per se stesso, e come un fonte di diritti.

(4) Fr. 1. §. 9; fr. 2, D. XLIII, 17.

(5) Savigny, §. 7 e 10.

(6) Così, colui che possiede *ad usucapionem*, può invocare l' interdetti, a menochè nel tempo stesso quest' ultimo diritto non appartenga, per una ragione tutta particolare, a un'altra persona. Così, per esempio nel caso del creditore di pegno; fr. 16, Dig. XLI, 3.

(7) V. i fr. 3, §. 15, D. X, 4. - Cpr.

plice detenzione come il vero possesso, chiamasi *possessio naturalis* per opposizione alla *possessio civilis*.

2. La *possessio ad interdicta* riceve, presso i giureconsulti romani, la semplice qualificazione di *possessio*, allorquando questa parola è usata nel suo tecnico significato, per designare, cioè, il vero possesso; vien anche designato col verbo *possidens*. Ogni altro possesso, nè garantito pure dagl' interdetti, conseguentemente la semplice detenzione chiamasi di nuovo *possessio naturalis* (1). La semplice detenzione è designata eziandio dai verbi *tenere*, *corporaliter possidere*, *esse in possessione* (2).

§. 225. 5. *Altre divisioni del possesso in generale.* — a. Possessio justa vel injusta.

In quanto alla causa (*causa*, *titulus possessionis*) per cui si possiede o ritiene semplicemente una cosa, il possesso è *possessio justa vel injusta* (3). *Possessio justa* è ogni possesso acquistato in modo conforme al diritto, e di cui le leggi autorizzano la causa; poco preme del resto che si tratti di un vero possesso o di una semplice detenzione; in caso diverso, la *possessio* è *injusta*. Fra le cause, che viziano il possesso, voglionsi soprattutto annoverare le tre seguenti: allorchè il possesso incomincia o per forza, *vi*, o clandestinamente, *clam*, o precariamente, *precario* (4). La causa, per cui si possiede, ha dato luogo ad una regola molto notabile: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest;* in principio, questa regola non si applicava che all' antica *usucapio pro hærede:* non era, infatti, permesso a colui, il quale avea incominciato a possedere per una data causa, di sua volontà, questo possessio in una *possessio pro hærede* (5). Ma più tardi, presso i romani, sembra questa regola cambiasse significato, e venisse non solo applicata al caso, che il semplice detentore d'una cosa altrui non potesse, di sua sola volontà, mutare questa detenzione in vero possesso (6), ma anche al caso, che colui il quale possedeva *ad interdicta*, ma non *ad usucapionem*, non potesse egualmente, di sua sola volontà, mutare il *vero possesso* in *possesso civile* (7).

§. 226. b. Possessio bonæ et malæ fidei.

Un' altra divisione, cui riceve il possesso, è quella di possesso di buona fede, *possessio bonæ fidei*, e possesso di mala fede, *possessio malæ fidei*. È possessore di buona fede colui, il quale ha dei motivi plausibili di credere che nessuno abbia maggior diritto di lui a possedere la cosa (8). È possessore di mala fede, colui che sa di non avere alcun diritto a possedere la cosa (9).

§. 227. 6. *Della natura del vero possesso.* — a. *Del suo obietto e del suo subietto.*

Dalla nozione, che abbiamo data (§. 211) del vero possesso, deriva

---

fr. 16, D. XLI, 3. - fr. 26, pr. D. XXIV, 1. - fr. 1. §. 4, D. XLI, 2. - fr. 1, §. 9, 10, D. XLIII, 16.

(1) Vi sono degli autori che tengono diversa opinione sul *possessio civilis*, V. Savigny, §. 10.

(2) §. 5, J. IV, 15. - fr. 9, D. VI, 1. - fr. 7, pr. D. XXXIX, 2. - fr. 3. §. 3; fr. 10, §. 1; fr. 24; fr. 49, §. 1. D. XLI, 2. - fr. 1, §. 23, D. XLIII, 16. - fr. 3, §. 8, D. XLIII, 17. - fr. 7, D. XLIII, 26.

(3) Savigny, §. 8.

(4) Fr. 1, §. 9; fr. 2, D. XLIII, 17.

(5) Gajo, II, 52-58, Cpr. col fr. 33, §. 1, D. XLI, 3. - fr. 2, §. 1, D. XLI, 5. - Cost. 2, C. VII, 29. - Savigny, pag. 72. della trad.

(6) Fr. 3, §. 18-20, D. XLI, 2. - fr. 6, §. 3, D. XLIII, 26.

(7) Fr. 1, §. 2, D. XLI, 6.

(8) Fr. 109, D. L, 16. - Cpr. fr. 27, D. XVIII, 1. - fr. 32, §. 1, D. XLI, 3.

(9) §. 35, J. II, 1. - fr. 38, D. XLI, 3. - Savigny §. 8.

che alcune cose non possono formare obietto di un vero possesso, e che alcune persone non possono acquistarlo (1).

1. Le cose, le quali noi sappiamo non poter divenire nostra proprietà, non sono suscettibili di cadere nel vero possesso di alcuno, da questo principio discende che non può darsi il possesso delle cose, che non sono in commercio (2).

2. Chiunque non può aver proprietà, è del pari incapace di acquistare il vero possesso, e colui, che non acquista mai se non per altri, non acquista del pari il possesso che per colui alla potestà del quale si trova soggetto. Così, il servo ed il figlio di famiglia posseggono pel padrone e pel padre (3).

§. 228. *Della* compossessio.

Ogni possesso è, giusta la sua nozione, esclusivo; quello, cioè, che alcuno possiede non può essere, al tempo istesso, posseduto da altri. Una sola ed istessa cosa non può dunque essere al tempo medesimo il possesso di più persone, di guisa che ciascuno la possieda *per intero* (4). Ma più persone possono avere il comun possesso della stessa cosa, per *porzioni moralmente determinate*; di un tal possesso dicevasi presso i Romani: *plures rem pro indiviso s. pro partibus indivisis possident*, e dai moderni ha ricevuto il nome di *compossessio* (5). Niente pure impedisce che più persone posseggano la cosa istessa sotto differenti rapporti e con effetti diversi (6).

§. 229. c. *Della* juris quasi possessio.

Propriamente parlando, solamente le cose *corporali* possono formare obietto di possesso, imperocchè solo riguardo ad esse si può avere idea di detenzione (7). Ma il vero possesso d'una cosa corporale non essendo in realtà che un esercizio di fatto della proprietà, si vede facilmente ch'esiste alcun che di simile al possesso, in materia di servitù, considerate come diritti particolari, separati dalla proprietà a persona diversa dal proprietario, la quale ne assume l'esercizio coll'intenzione di volere esercitare un diritto, che appartiene a quest'ultimo. Quest' esercizio di fatto di una servitù, congiunto a tale intenzione, chiamasi, in diritto romano, *juris quasi possessio* (8), e trovasi cogl'interdetti e coll'usucapione nello stesso rapporto, che ha con essi il possesso delle cose incorporali.

§. 230. d. *Della ficta possessio.*

Avviene talora che una persona sia risguardata e tenuta, siccome il vero

---

(1) Savigny, §. 9, p. 95-99 della trad.

(2) Fr. 30, §. 1, D. XLI, 2. - È per questa ragione che un uomo conosciuto libero, non poteva cadere in altrui possesso, fr. 23, §. 2; fr. 1. §. 6, ibid. - Evvi ancora l'obietto solenne che non può considerarsi in se stesso come una cosa corporale.

(3) § 4, J. II, 9. - fr. 24, D. XLI, 2. - Quanto ai peculj, niente impedisce che il figlio di famiglia possieda per se medesimo; fr. 49, §. 1, D. XLI, 2. - fr. 4, §. 1, D. XLI, 3.

(4) Fr. 3, §. 5, D. XLI, 2: « Plures eamdem rem *in solidum* possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris »; - fr. 5, §. 15, D. XIII, 6. - fr. 19, pr. D. XLIII, 26. - Savigny, §. 11.

(5) Fr. 5, D. XLV, 3. - fr. 25, §. 1, D. L, 16. - fr. 8, D. VI, 1. - In tal caso niuno possiede la cosa per intero, ma ciascuno possiede la sua parte, senza aver che fare con quella degli altri. - Cpr. anco: fr. 3, §. 2, D XLI, 2. - fr. 32, §. 2, D. XLI, 3.

(6) È ciò che ha luogo nel caso del debitore e del suo creditore di pegno: il primo possiede *ad usucapionem*, il secondo *ad interdicta*; fr. 16, D. XLI, 3.

(7) Fr. 3, pr. D. XLI, 2. - fr. 4, §. 27, D. XLI, 3. - Savigny, §§. 12, 44-47.

(8) Fr. 3, §. 17, D. XLIII, 16. - fr. 23, §. 2, D. IV, 6. - fr. 10, pr. D. VIII, 5.

possessore d' una cosa, abbenchè in realtà non lo sia. Questa specie di possesso, chiamata al presente *ficta possessio*, ha luogo in due casi:

1. Allorchè si è abbandonato o trascurato di acquistare il possesso d'una cosa, nell'intenzione dolosa di cedere ad un altro la persecuzione dei diritti, (*qui dolo possidere desiit, s. dolo possessionem noluit admittere*) (1).

2. Allorchè alcun *liti se obtulit*, quando, cioè, colui contro il quale è intentata un'azione per una cosa, di cui non ha nè il possesso, nè la semplice detenzione si presenta come vero possessore (2).

§. 231. II. *Dell'acquisto del possesso.*
1. *Condizioni generali.*

Due elementi si richieggon sempre all'acquisto del vero possesso:

1. L' *apprensione della cosa*, cioè un fatto materiale (*corpus*) per cui quegli che vuole acquistare il possesso, è giunto a disporre della cosa ad esclusione di ogni altra.

2. Nè basta la sola apprensione; ma dev'essere accompagnata dall'*intenzione* (*animus*) di voler disporre della cosa, siccome di *sua* proprietà. Dal momento, in cui trovansi congiunte queste due condizioni, l' apprensione, cioè e l'intenzione, il possesso è acquistato; un solo di questi due elementi, disgiunto dall'altro, non è sufficiente (3).

§. 232. a. *Dell'apprensione* (corpus).

L'apprensione non consiste esclusivamente nel prendere realmente e fisicamente una cosa, ma piuttosto in un fatto materiale qualunque esso sia, che dà all'acquirente la fisica facoltà di disporre della cosa in ogni tempo, ed a piacer suo (4).

1. L'apprensione di una *cosa immobile* ha luogo, allorquando colui che ha in animo di acquistare il possesso entra nel fondo o solo in una parte del fondo o quando anche si trova in vicinanza del fondo, o quando infine, a vista del fondo istesso, il possessore glie lo accenna, coll' intenzione d'immetterlo nel possesso (5).

B. L'apprensione d'una cosa mobile è consumata:

1. Se il possessore ha in sua mano la cosa (6).

2. Se essa cade ne' suoi lacci o reti (7).

3. Se prende la cosa sotto la sua custodia (8).

4. Se, dietro suo ordine, vien rimessa ad un altro (9).

---

(1) Fr. 25, §. 8, D. V, 3. In principio, questo diritto non aveva luogo, secondo un *Jcto juventianum*, che nella petizione dell' eredità; fr. 20, §. 6; fr. 25. §. 2, 3, D. V, 3. - In seguito fu esteso a tutte le azioni reali *(actiones in rem)*; fr. 27, §. 8, D. VI, 1. - fr. 131, 150, 157, §. 1, D. L, 17. - Sulle conseguenze, v. fr. 25, §. 8-10; fr. 45, D. V, 3. - fr. 68, 71, D. VI, 1. - fr. 16, §. 3, D XX, 1.

(2) Fr. 25, 26, 27, pr. D. VI, 1. Sulle conseguenze : fr. 13, §. 13, D. V, 3. - fr. 5, pr. §. 3, D. XII, 3 - fr. 7, D. VI, 1. - fr. 95, § 9, D. XLVI, 3. - Cost. 2, C. III, 19.

(3) Fr. 3, §. 1, D. XIII, 2: « Adipiscimur possessionem *corpore et animo*, *nec per se animo, aut per se corpore* » fr. 3, §. 3; fr. 8, D. ibid. - 153, D. L, 17. - Savigny, §. 13. - E. P. S. Despot, *Diss. de acquirenda vel amittenda possessione*. Lovan, 1827.

(4) Savigny, §. 14-17.

(5) Fr. 3, §. 1; fr 18, §. 2, D. XLI. Il semplice fatto dell' apprensione non basta per acquistare il possesso d'un immobile, *che altri ha per l'avanti posseduto*; bisogna in oltre che questi abbia avuto cognizione dell'apprensione, e che ceda quindi il possesso *(si vacuam tradit possessionem)*, fr. 18, §. 2 citato, o che sia espulso per violenza dal primo *(si dejicitur aut repellitur)*; fr. 25, §. 2; fr. 46, D. XLI, 2. - Savigny, §. 15 ad finem; §. 31.

(6) Fr. 1, §. 1. D. ibid.

(7) Fr. 55, D. XLI, 1.

(8) Fr. 51, D. XLI, 2.

(9) Fr. 1, §. 21, D. ibid. - fr. 79, D. XLVI, 3.

5. Se è trasportata in sua casa (1).

6. Se gli vengono cedute le chiavi presso il luogo, ove si trovi la cosa (2).

7. Per ultimo, apponendo la propria impronta sopra una cosa, la quale non è più possesso d'un altro (3).

Non abbiamo per anche il possesso della fiera, che inseguiamo, sebbene mortalmente ferita (4), nè degli uccelli che trovansi nei nostri parchi, nè dei pesci che nuotano nei nostri stagni (5), come neppure possediamo il tesoro, che non per anche abbiam ritrovato (6), quantunque nascosto in un fondo, di cui abbiamo il possesso.

§. 233. 6. *Dell'intenzione* (animus).

L'apprensione non costituisce per se stessa che la detenzione della cosa. Un' altra condizione si richiede ancora per l'acquisto del vero possesso:

A. È necessario che l'apprensione sia fatta *animo rem sibi habendi s. possidendi* (§. 220). Questa intenzione di possedere consiste per regola generale, nella volontà di disporre della cosa, come sua proprietà (7). Quindi chi non può aver volontà, non può acquistare il vero possesso. Sono dunque incapaci:

1. Le persone morali (8).

2. Gl'infanti (*infantes*) i quali non possono acquistare senza l' autorità del tutore (9). Ma i minori usciti dall'infanzia, possono acquistare senza l'autorità del tutore (10).

3. I furiosi e i pazzi (11).

B. Colui, che capace di aver volontà ha già la detenzione di una cosa, e che in conseguenza non ha bisogno di nuova apprensione, cangia questa semplice detenzione in vero possesso, dal momento in cui l' intenzione di possedere (*animus possidendi*) si aggiunge alla detenzione. I Romani dicono questo modo di acquistare il possesso: *solo animo possessionem acquirere*, e può essere, quando si esercita sulla cosa altrui o giusto e legittimo, o ingiusto. È legittimo il possesso, allorchè una giusta causa *(justa causa)* rende l' intenzione di possedere (*animus possidendi*) legalmente valevole; per esempio allorchè l'affittante vende la cosa all'affittajuolo, o quando glie ne fa donazione (12); lo che i moderni dicono *traditio brevi manu*. Il possesso è, per lo contrario, ingiusto allorchè non vi concorre giusta causa; per esempio quando il depositario sottrasse la cosa depositata (13).

---

(1) Fr. 18. §. 2, D. XLI, 2.

(2) §. 45, J. II, 1. - fr. 74, D. XVIII, 1.

(3) Fr. 14, §. 1, D. XVIII, 6. - fr. 1, §. 2, D. ibid.

(4) §. 13, J. II, 1 : « Multa enim accidere possunt, ut eam non capias »; fr. 5, §. 1, D. XLI, 1.

(5) Fr. 3, §. 14, 15, D. XLI, 2.

(6) Fr. 3, §. 3, D. ibid. - fr. 15, D. X, 4.

(7) Savigny, §. 20, 21. Questa regola soffre eccezione nel caso in cui l' intenzione del possessore, mira unicamente ad essere protetta nel suo possesso, per l'interdetti *(jus ad interdicta)*, come nel caso di creditore di pegno, e dell' enfiteuta; f. 16, D. XLI, 3. - fr. 35, §. 1; fr. 37, D. XIII, 7. - fr. 25, §. 1, D. XXII, 1; è ciò che oggi dicesi possesso derivato. V. Savigny, §. 23-25.

(8) Fr. 1, §. 15, D. XLVII, 4: « possessionem *hereditas* non habet »; fr. 1, §. 22, D. XLI, 2. Ma possono acquistare per dei terzi; fr. 2, ibid.

(9) Fr. 32, §. 2, D. XLI, 2. - Cost. 3, C. VII, 32. Su questi due passi, v. Savigny, p. 193, 200.

(10) Fr. 32, pr. §. 2, D. XLI, 2. - fr. 1. §. 3, D. ibid. Queste parole: « *Si ejus ætatis sint, ut intellectum capiant* » significano quanto quelle *si infantia majores sint.*

(11) Fr. 1, §. 3; fr. 18, §. 1, D. XLI, §. 2.

(12) Fr. 9. §. 5, D. XLI; - §. 44, J. II, 1. - fr. 9, §. 9, D. XII, 1. - fr. 3, §. 3, D. XLI, 2. - Savigny, §. 19.

(13) Fr. 3, §. 18-20, D. XLI, 2. - fr. 6, §. 3, D. XLIII, 6. - Cpr. più sopra, §. 214.

§. 234. 2. *Dell'acquisto del possesso per mezzo d'un terzo.*

Il possesso d'una cosa può acquistarsi tanto per *mezzo proprio*, quanto per *mezzo d'un terzo* (1).

Nel secondo caso, si richiedono tre condizioni:

1. Il fatto dell'apprensione nella persona pel quale vuolsi acquistare il possesso; e unitamente al fatto, l'animo di acquistare non per sè, ma per un altro (*animo non sibi, sed alteri possidendi*) (2).

2. Volontà di possedere nella persona dell'acquirente; essa non acquista dunque il possesso ove ignori il fatto dell'apprensione, cioè se non ne abbia dato ordine, o non l'abbia ratificato (*ignoranti possessio non acquiritur*) (3).

3. L'esistenza d'un rapporto legale fra colui che vuole acquistare il possesso per opera d'un terzo e il terzo medesimo; questo rapporto può riguardarsi, o come potenza legale, o secondo il nuovo diritto, come rapporto di mandatario. Nel primo caso, il terzo prende possesso in forza d'un comando (*jussu*) (4), nel secondo, in forza d'un mandato (*mandatum*) (5).

§. 235. 3. *Dell'acquisto d'un* juris quasi possessio.

La detenzione della cosa e l'animo di possederla sono requisiti egualmente necessarj per l'acquisto d'un *juris quasi possessio* (§. 218) (6).

Il rapporto corporale si costituisce in tal caso mediante il fatto dell'esercizio d'una servitù; l'animo consiste in ciò per cui si esercita *come un diritto*, il fatto che forma oggetto della servitù (7).

1. Se l'acquisto d'un quasi-possesso ha luogo unilateralmente, cioè se la servitù è esercitata senza intervento di convenzione alcuna, bisogna distinguere le servitù *affermative* dalle *negative*; nel primo caso, colui che pretende esercitare la servitù, deve eseguire il fatto positivo che ne forma l'oggetto, per una volta almeno, e *nec vi, nec clam, nec precario* (8); nel secondo caso, al contrario, necessita che colui la proprietà del quale viene a restringersi, abbia voluto fare degli atti in opposizione al diritto dell'altro, che questi siasi opposto, e che questa opposizione abbia fatto cessar gli atti (9).

2. Ma se la servitù, di cui è questione, fu concessa per convenzione, il possesso acquistasi, nelle servitù negative, per la convenzione istessa, e nelle servitù affermative per la quasi tradizione. Essa ha luogo, allorchè l'attore può esigere il possesso della cosa sulla quale egli esercita la servitù per la tradizione della cosa medesima (10); e allorchè l'attore non può esigere il possesso della cosa,

---

(1) Paolo, *Rec. sent.* V. 2, §. 1. - fr. 2, D. XLI, 2. - Savigny, §. 26.

(2) Fr. 1, §. 19, D. XLI, 2. Non si può acquistare il possesso da chi non è capace di volontà; fr. 1, §. 9, 10, ibid.

(3) Fr. 42, §. 1; fr. 1, §. 5, 22; fr. 2; fr. 4; fr. 3, §. 12, D. XLI, 2. - fr. 31, §. 3, D. XLI, 3. - fr. 13, §. 1, D. XLI, 1. - Dall'istante in cui un terzo, mediante i nostri ordini, ha appreso una cosa, noi cominciamo a possedere, per quanto non abbiamo cognizione alcuna dell'apprensione; solamente l'usucapione non comincia a decorrere, che dal momento in cui abbiamo avuto cognizione dell'apprensione, fr. 49, §. 2, D. XLI. 2 - fr. 47, D. XLI, 3. - Cost. 1, C. VII, 32.

(4) Come nel caso dello schiavo e del figlio di famiglia, fr. 1, §. 5, 6. 8; fr. 49. pr. D. XLI, 2. - fr. 21, pr. D. XLI, 1.

(5) Paolo, *loc. cit.* §. 2. - §. 5, J. II, 9. - fr. 2, D. XLI, 2. - fr. 20, §. 2; fr. 53, D. XLI, 1. - fr. 41, D. XLI, 3. - Cost. 1, C. IV, 27.

(6) Savigny. §. 44-47.

(7) Fr. 25, D. VIII, 6. - fr. 7, D. XLIII, 19.

(8) Fr. 10, pr. D. VIII, 5. - fr. 20, D. VIII, 1.

(9) Fr. 6, §. 1, D. VIII, 5. - fr. 1, §. 2, D. VIII, 3.

(10) Per esempio, nel caso d'usufrutto, fr. 3, pr. D. VII, 1.

per l'esercizio della servitù a saputa del proprietario (1).

§. 236. a. *Della continuazione del possesso.*

Mancando i principj seguenti, riuscirebbe più difficile la continuazione del possesso che l'acquisto.

1. La continuazione del possesso (*continua possessio*) non viene a mancare che per un fatto nostro proprio. Il possesso non si perde nè di pieno diritto, nè pel non esercizio del poter nostro sulla cosa, tranne il caso dell'*juris quasi possessio*, in cui il non uso distrugge il diritto, comecchè allora il possesso manchi d'oggetto.

2. Bisogna ammettere la continuazione del possesso anche a riguardo della cosa immobile, fintantochè l'attual possessore venga a conoscere l'interruzione (*solo animo retinere*) (2).

3. Non abbisogna costante cognizione, la quale non sarebbe altro che una rinnovazione d'intenzione; quindi è che anche una persona colpita da alienazione di mente continua nel possesso (3).

4. Per conseguenza ulteriore, la natura del possesso non si cangia ancorchè posteriormente al suo acquisto, la buona fede venga a esser distrutta (4).

5. Si può facilmente continuare nel possesso per mezzo d'un terzo, con facilità anche maggiore, conservando i nostri diritti per opera sua (5).

Nella teoria della perdita del possesso, non si possono giammai perdere di vista questi principj.

§. 237. b. III. *Della perdita del possesso.* 1. *Regola generale.*

Finchè esistono il fatto e l'animo, il possesso acquistato continua (6). Ma se entrambi questi elementi, o l'un di essi soltanto viene a mancare, cessa pure il possesso (7). Come l'acquisto del possesso esige un doppio fatto determinato (corporale l'uno, intellettuale l'altro) così la perdita di lui deve provenire da un fatto determinato, contrario, (un *contrarium actum*), applicabile all'una e all'altra condizione dell'acquisto e della durata del possesso, tanto in rapporto al fatto che all'animo; cioè che quest'atto contrario (*contrarium actum*) debba esistere avuto riguardo all'uno o all'altro dei due elementi costitutivi del possesso (8).

§. 238. 2. *Applicazione di questa regola.* a. *Della perdita del possesso per il fatto.*

L'apprensione materiale della cosa, che forma la prima condizione del possesso, non consiste, trattandosi della continuazione del possesso, in una potenza fisica, immediata sulla cosa, ma piuttosto nella possibilità di disporne in ogni tempo a nostro piacimento (9). Da ciò ne consegue che non perdesi il possesso acquistato pel solo allontanamento della cosa (10),

(1) Fr. 20, D. VIII, 1. - fr. 11, §. 1, D. VI, 2. - fr. 6, §. 1; fr. 16, D. VIII, 5. - fr. 1, §. 2, D VIII, 3.
(2) Cost. 4, C VII, 32.
(3) Fr. 29, D. XLI, 2.
(4) V. più sotto, §. 259, nota 5. Noi pensiamo che presso i Romani, la buona fede non abbia dovuto mai esser continua.
(5) Savigny, §. 33.
(6) Savigny, §. 29, 30.
(7) Fr. 44, §. 2; fr. 3. §. 6, 13, D. XLI, 2.
(8) Tale è il senso del celebre passo, riportato due volte nelle Pandette: fr. 8, D. XLI, 2, e fr 153, D. L, 17. « Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem *in contrarium actis* liberamur; cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla mittitur, nisi in qua utrumque *in contrarium actum* ». Savigny, §. 30.
(9) Savigny, §. 31.
(10) Paolo, *Sent. rec.* v. 2, 1; - fr. 3,

e che possiamo egualmente ritenerla per un terzo (1). Il possesso non cessa che dal momento in cui per un fatto qualunque, vien meno la possibilità di disporre materialmente della cosa (*si in contrarium actum est*).

1. Il possesso delle cose mobili si perde: allorquando un altro se ne impadronisce in modo violento o clandestino (2); allorquando perdiamo la cosa (3); allorquando gli animali domestici si smarriscono, quando gli animali salvatici fuggono, e quando gli animali addomesticati perdono l'abitudine del ritorno (4).

2. La detenzione degl' immobili si perde: allorquando per avvenimento naturale, il possessore non può altrimenti esercitare il suo potere sulla cosa (5), o quando per opera dell' altrui violenza viene espulso dal fondo (*si deijcitur*). Ma se nella nostra assenza qualcuno entra in possesso del fondo, senza che a noi sia nota quella occupazione, il possesso non si perde; solo si perde quando, volendo ritornare in possesso, incontriamo resistenza (6).

§. 239. b. *Della perdita del possesso per l'intenzione.*

In rapporto al secondo elemento del possesso, l'intenzione, non è necessario che sussista essa in ogni momento, pendente la durata del possesso medesimo, giacchè esso non si perde che dall'istante in cui il possessore divisò di non possedere più oltre la cosa (*si in contrarium actum est, o amittitur possessio animo in contrarium acto*) (7). Questa intenzione di non possedere più a lungo, può essere espressa o tacita, e nel secondo caso la renunzia al possesso, dicesi *derelictio* (8). Colui che generalmente non ha volontà non può perdere il possesso per l'intenzione (9).

§. 240. c. *Della perdita del possesso pel fatto e per l'intenzione.*

Il possesso si perde pel fatto e per l'animo al tempo stesso, allorquando il possessore consegna ad un altro la cosa, affinchè questi la possegga come sua propria (*si vacuam tradit possessionem*) (10). Una convenzione, per la quale si stabilisca, che colui che fin allora possedeva come padrone una cosa, non continui più a possederla, avendone perduto il possesso, che a nome d'un altro e come rappresentante di lui, è un atto che si dice secondo i moderni, *constitutum possessorium* (11).

§. 241. a. 3. *Della perdita del possesso per opera dei terzi.*

Come si può acquistare il possesso per opera dei terzi, così per l'opera medesima può continuarsi e perdersi (12) secondo le distinzioni seguenti:

1. Noi possiamo perdere il possesso nell'interesse del terzo medesimo. Ma la semplice risoluzione di possedere non basta nel detentore

---

§. 7, 13; fr. 44, pr. D. XLI, 2. - fr. 1, §. 25, D. XLIII, 16. I Romani dicono di questo possesso: *solo animo retinere possessionem*; i moderni la dicono *possessio mentalis*.

(1) Fr. 18, pr. D. XLI, 2: « Nam possidet cujus nomine possidetur ».

(2) Fr. 15, D. XLI, 2.

(3) Fr. 25, pr. D. ibid.

(4) Fr. 3, §. 13-16, D. ibid.

(5) Fr. 3, §. 17; fr. 30, §. 3, D. ibid.

(6) Fr. 25, §. 2; fr. 46, D. ibid.

(7) Fr. 3, §. 6; fr. 17, §. 1; fr. 30, §. 4, D. XLI, 2. - Savigny, §. 32.

(8) Fr. 37, §. 1, D. XLI, 3.

(9) Fr. 27, 29, D. XLI, 2.

(10) Fr. 33; fr. 18, §. 2, D. XLI, 2.

(11) Per esempio, nella vendita di una cosa, si conviene che il proprietario venditore ne conserverà il possesso come locatario, o come colono; fr. 18, pr. D. ibid. - Per esempio, fr. 77, D. VI, 1. - Cost. 28, C. VIII, 54. - Savigny, §. 27.

(12) Savigny, §. 33.

per fargli acquistare il possesso; è necessario che questa risoluzione sia stata manifestata da un fatto fisico, che nelle cose mobili ha luogo per la sottrazione fraudolenta della cosa (*furtum*, *contrectatio*) (1), e nelle cose immobili, per l'espulsione dell'attual possessore (2).

2. Si perde il possesso per opera dei terzi che lo tengono per noi, ogni volta che lo avremmo perduto, se fossimo stati da noi stessi in possesso. Infatto di mobili, si perde ancora il possesso, allorchè il detentore perde la cosa, o gli viene tolta (3), o allorchè ne ha fatta ad altri la tradizione (4). In fatto d'immobili, allorchè ne viene per forza spossessato, e in questo caso, perdiam per noi stessi il possesso al momento dell'espulsione (5); ma allorchè o per negligenza (*desidia*) o per dolo (*dolo*), il detentore consente che un altro s'impadronisca della cosa, il possesso non si perde che dal momento, in cui potendo far valere il nostro diritto, ne veniamo respinti, o non abbiamo fatto prova di turbare l'altrui godimento (6).

3. Per lo contrario, non perdiamo il possesso per opera d'un terzo che lo mantiene per noi, allorchè egli trasferisce in altri quella detenzione (7), o allorchè muore, o divien demente (8), o allorchè abbandona la cosa senza che altri se ne impadronisca (9).

4. Per la ragione istessa, non si perde il possesso, sebbene siamo espulsi, finchè il detentore si mantiene in possesso (10).

§. 242. b. *Della perdita dell'* juris quasi possessio.

Si perde l'*juris quasi possessio* o nell'impossibilità di rinnovarla, secondo la nostra volontà, l'esercizio volontario della servitù, o rinunziando all'intenzione d'esercitare il diritto (11). Dopo ciò è facile di fare un'applicazione alle differenti specie delle servitù. La teoria del possesso delle servitù e sue applicazioni, sarà meglio sviluppata allorchè parleremo delle servitù (V. i §§. 291*c*, e 294).

---

(1) Fr. 3, §. 18, D. XLI, 2. - Cpr. fr. 1, §. 2; fr. 67, pr. D. XLVII, 2. - Si eccettua allorchè il terzo, che vuole appropriarsi il possesso, trovasi in potere del possessore; fr. 15, D. XLI, 2.

(2) A causa dei fr. 25, §. 2; fr. 46, D. ibid. - fr. 12; fr. 18, pr. D. XLIII, 16

(3) Fr. 25, pr.; fr. 15; fr. 3, §. 13-16, D. XLI, 2.

(4) Fr. 33, § 4, D. XLI, 3.

(5) Fr. 1, §. 22, D. XLIII, 16.

(6) Cost. 12, C. VII, 32. Questa costituzione non può essere intesa che riguardo agli *immobili* a cagione del fr 3, §. 8, D XLI, 2; del fr. 33, §. 4, D XLI, 3, e a cagione delle parole: *sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus*, e in cui si deve applicare il principio generale stabilito nel fr. 25, §. 2; fr. 46, D. XLI, 2: « *donec revertentes nos aliquis repellat* ».

(7) Fr. 30, §. 6, D. XLI, 2.

(8) Fr. 25, §. 1, D. ibid. - fr. 31, §. 3. D. XLI, 3

(9) Fr. 3, §. 8; fr. 44, §. 2, D. XLI, 2.

(10) Fr. 1, §. 45, D. XLIII, 16: « Si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto (*unde vi*) experiri: *quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt* ».

(11) Fr. 12, §. 2, 3, D. VII, 1.

TITOLO SECONDO

Dell' interdetti e della denunzia della nuova opera.

§. 243. I. *Nozioni degl' interdetti.*

Gl' interdetti erano presso i Romani, ordinanze del pretore per cui, in casi particolari e determinati, prescrivevasi ciò che si doveva fare o non fare. La dimanda indirizzata al Pretore ad oggetto che egli pronunziasse una tale ordinanza, dicevasi parimente *interdictum* (1). Esisteva fra gl' interdetti e le azioni propriamente dette, una notabile differenza. Infatti nelle azioni propriamente dette, il pretore non agiva e non decideva direttamente sulla Istanza che gli veniva sottoposta, ma commetteva a un giudice o giurato d' esaminare, e istruire l' affare (*judicem dabat*). Negl' interdetti, al contrario, egli pronunziava immediatamente, sulla sola istanza dell' attore e senza nominar giudice (*extra ordinem*), l' ordine o il divieto che egli avea pubblicato altra volta nell' editto in somiglianti casi (2). Da ciò ne dirivò che in tal caso: *prætor principaliter auctoritatem suam finiendis controversis proponit* (3). Solo allora che il reo negava od opponeva eccezioni, il pretore nominava un giudice e la contestazione si assoggettava alla ordinaria procedura delle azioni (4). Questa differenza fra le azioni e gl' interdetti disparve coll' antico *ordo judiciorum privatorum*, e il diritto romano moderno riguarda gl' interdetti assolutamente come azioni (5), ma dà luogo a una procedura sommaria (6).

§. 244. II. *Divisioni degl' interdetti.*

Gl' interdetti si dividono:

A. Secondo la loro origine in generale (7):

1. In *proibitorj* (*prohibitoria*), pei quali il pretore proibiva di fare qualche cosa (8):

2. In *restitutorii* (*restitutoria*) per le quali il pretore ordinava di restituire una cosa o di rimetterla nel suo stato primitivo (9).

3. In interdetti *esibitorii* (*exhibi-*

---

(1) Gajo, IV, 138-170. - Ist. IV. 15, - Dig. XLIII. - Cod. Theod. IV, 22, 23. - Cod. Just. VIII, 1 -9. - Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 32-38. - Savigny, *Trattato del possesso*, Sect. IV.

(2) È ciò che provano le seguenti espressioni di cui si faceva uso negli Editti: *vim fieri veto, exhibeas, restituas.*

(3) Gajo, IV, 139. - Savigny, §. 34. - Dupont, *Disquis. in Gaji comm. quart.* p. 155

(4) Gajo, IV, 141.

(5) §. 8, J. IV, 15. - Rubr. D. XLIII, 1. - Cost. 3, 4, C. VIII, 1.

(6) Frattanto i Giureconsulti non vanno d'accordo su questo punto: quelli che cercano di giustificare la natura sommaria della procedura, invocano principalmente la Cost. 22, Cod. Theod. II, 36: interdictum beneficio celeritatis inventum. - V. ancora Savigny, p. 335, e la nota 2 della trad.

(7) Gajo, IV, 142. - §. 1, J. IV. 15.

(8) Esempj: L' interdetto *De mortuo inferendo*, fr. 1, pr. D. XI, 8. - *De sepulcro ædificando*, fr. 2. §. 1. D. XLIII, 1. - *De arboribus cædendis*, fr. 1. pr. D. XLIII, 27. - *De glande legenda*, fr. un. D. XLIII, 28. - *De migrando*, fr. 1, D. XLIII, 32.

(9) Esempj: L'interdetto *quod vi aut clam*, D. XLIII, 24: questo interdetto procede allorchè una persona ha, *per forza* o *clandestinamente* costruito o demolito sul suo fondo, o su quello d' altri, qualche cosa che reca pregiudizio ad altra persona e la lede nei suoi diritti. Esso ordina di riporre la cosa nel suo stato primitivo e la refezione dei danni: fr. 1, pr. §. 1. D. XLIII, 24.

toria), per cui il pretore ordinava d'esibire o di rappresentare una cosa esistente nell'altrui possesso (1).

B. In rapporto al possesso d'una cosa, gl'interdetti si dividono (2):

1. In interdetti, che supponendo per parte dell'attore un possesso realmente acquistato, son destinati a conservarlo, allorchè venga turbato, ma non sia per anco cessato (*interd. retinendæ possessionis*); o che tendono a recuperare un possesso perduto (*interd. recuperandæ possessionis*) (3).

2. In interdetti che non suppongono per parte dell'attore alcun possesso acquistato, ma che hanno per fine di fargliene acquistare uno che non aveva per anco (*interd. adipiscendæ possessionis*) (4).

§. 245. III. *Degl' interdetti possessorii in particolare. A. Dell' interdetto* retinendæ possessionis (5).
I. *Condizioni.*

Le condizioni volute onde invocare questi interdetti sono:

1. Che sia stato acquistato il vero possesso, poco importando, che colui il quale possiede, abbia realmente il diritto di possedere, o che il possesso sia stato legalmente acquistato (6).

2. Che il possesso sia stato turbato per vie di fatto (7). Per via di fatto, s'intende ogni atto contro la volontà del possessore (8).

3. Che questi atti di violenza non abbiano fatto cessare il possesso; perchè in tal caso ha luogo l'applicazione degli *int. recuperandæ possessionis.*

§. 246. *Delle specie dell' interdetto* retinendæ possessionis.

Sotto le condizioni da noi determinate, il pretore accorda, ove si tratti di mantenere alcuno nel possesso d'un immobile, l'interdetto *uti possidetis*, e trattandosi di un mobile, l'interdetto *utrubi* (9). Colui che invoca gl'interdetti per esser mantenuto nell'esercizio di una servitù personale, può egualmente appoggiarsi a queste due specie dell'interdetto *retinendæ possessionis* (10). Al-

(1) Esempio: L'interdetto *De liberis exhibendis*, fr. 1, pr. D. XLIII, 30. - *De homine libero exhibendo*, fr. 1, pr. D. XLIII, 29. - *De tabulis exhibendis*, fr. 1, pr. D. LXIII, 5. - Oltre questi interdetti citati come esempi, il diritto romano fa menzione anco di molti altri. V. Dig. XLIII, 6-15.

(2) §. 2, J., IV, 15. - fr. 2, §. 3, D. XLIII. - Gajo, IV, 143, e seg.

(3) L'espressione *possessio ad interdicta* (§. 212, 223) si riporta a queste due specie sole d'interdetti, e sole ancora sono esse a considerarsi come conseguenze legali del possesso; questa ragione le ha fatte dire, con preferenza, *interdetti possessorj.* In questo titolo in cui trattasi della garanzia del possesso *acquisito*, vi hanno luogo soltanto gli interdetti *retinendæ* e *recuperandæ possessionis*, mentre gl'interdetti *adipiscendæ possessionis*, debbono sempre riportarsi alle materie colle quali hanno rapporto, V. i §§. 325 *b*; 612; 693, 714, 769.

(4) §. 3, J. 14, 15. - Gajo, IV, §. 144-147. - Savigny, §. 35.

(5) Savigny, §. 37.

(6) Fr. 2, D. XLIII, 17: « Justa enim an injusta *adversus* cæteros possessio sit, in hoc interdicto (*uti possidetis*) nihil refert: qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. » Bisogna bene osservare le parole *adversus cæteros*; perchè se il possesso di colui che possiede è ingiusto di fronte a colui che l'ha turbato nel suo possesso, per esempio, se l'ha acquistato da lui, *vi, clam, precario*, non può invocare questi interdetti contro di lui Cpr. §. 4, in fine, J. IV, 15. - Gajo, IV. §. 148, 150. - fr. 1, §. 9; fr. 3, §. 10, D. XLIII, 17. - fr. 53, D. XLI, 2.

(7) Fr. 1, pr. D. XLIII, 17. - fr. 1, pr. D. XLIII, 31.

(8) Fr. 1, §. 5-7, D. XLIII, 24. - fr. 20, pr. §. 1, D. ibid. - fr. 73, §. 2, D. L. 17. Il fr. 3, §. 2-4, D. XLIII, 17, n'offre degli esempj. - fr. 11. D. XLIII, 16.

(9) §. 4, J. IV, 15 - Dig. XLIII, 17, 31. - Codice, VIII, 6. - Savigny, §. 38, 39.

(10) Fr. 4, D. XLIII, 17. Non è lo

tore, in questa specie d'interdetti, è colui che all'epoca dell'istanza, è vero possessore; reo è colui che ha cagionato la turbativa. Questi interdetti hanno in mira d'impedire la turbativa del possesso, e di domandare il risarcimento dei danni (1). Costituiscono entrambi duplicità di giudizio, *judicia duplicia*, imperocchè l'attore può venir condannato egualmente che il reo, ove sia provato che questi e non quegli ha diritto alla protezione degl'interdetti (2).

§. 247. B. *Degl' interdetti* recuperandæ possessionis. 1. *Dell' interdetto* unde vi (3).

Colui che per violenza ha perduto il possesso d'un immobile, può dimandare di riottenerlo, mediante l'interdetto *unde vi* (4). Per potere invocare questo interdetto, è necessario che l'attore sia veramente in possesso al momento della sofferta violenza (5) e che abbia perduto il possesso per opera di questa violenza ingiustamente diretta contro la sua persona (6). Si può egualmente reclamare questo interdetto per rientrare nell' esercizio d' una servitù personale che si ha sopra un immobile (7), allorchè è stato per violenza distolto; ma non è applicabile alle servitù reali (8).

L' interdetto *unde vi* può venire intentato dal possessore, senza distinguere se ei possiede o no giustamente; può egualmente intentarsi dal suo erede (9); ha luogo contro l' autore immediato o mediato dell' espulsione (10), e contro il suo erede, perseguitando sempre ciò che servì ad arricchirlo (11); ma non si estende al terzo possessore della cosa (12). Il fine dell' interdetto è quello di reintegrare l' espulso nella posizione in cui trovavasi innanzi la *dejectio*, e di farlo risarcire dei danni (13). S' estingue trascorso un anno dall' espulsione; dopo

---

stesso delle servitù *reali*: questi, infatti, sono interdetti particolari, per esempio: l'*interd. de itinere actuque privato*, *de aqua quotidiana et æstiva*, *de rivis*, *de fonte et cloacis* (v. più sotto §. 294). - Savigny, §. 46. - Thibaut è di altra opinione; egli pensa che gl'interdetti ordinarj possono invocarsi all' effetto di mantenersi nelle servitù prediali.

(1) Fr. 3, §. 11, D. XLIII, 17. Ma chi vuole intentare una domanda di danni per la turbativa recata al suo possesso, deve formare l' interdetto dentro l' anno della turbativa; dopo questo spazio l'interdetto non è più accordato contro il turbatore, altro che in quanto siasi locupletato; fr. 1, pr. Dig. XLIII, 17. Cpr. col fr. 4, D. XLIII, 1.

(2) §. 7 in fine, J. IV, 15. - fr. 37, §. 1, D. XLIV, 7.

(3) Cicerone, *pro Cæcina*, e su tale orazione, Henr. C. Gras. *Diss. quæ specimen jurispr. Ciceron. exhib. s. Ciceronem justam pro Cæcina causam dixisse ostenditur*. Lugd.-Bat. 1769. - Gajo, IV. 154. - §. 6, J. IV, 15. - D. XLIII, 16 - Cod. VIII, 4. 5. - Savigny, §. 40.

(4) Fr. 1, §. 3, 6, D. XLIII, 16. Il Diritto nuovo sembra avere esteso questo interdetto all' apprensione violenta del possesso d'un mobile. Cost. 3, C. Th. IV, 22. - Cost. 7, C. VII, 4. - §. 1, J. IV, 2. - §. 6, J. IV, 15. - Savigny, p. 384. della trad.

(5) Fr. 1, §. 9, 23, ibid. Poco importa in tal caso, se colui che è stato espulso (*dejectus*) ha acquistato il possesso *vi*, *clam*, o *precario*, da colui che lo ha violentemente cacciato, §. 6, J. IV, 15: « licet is ab eo, qui dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat ».

(6) Fr. 1, §. 3, 21, 29; fr. 3, §. 6, 7, D. XLIII, 16. - fr. 9, pr. D. IV, 2.

(7) Fr. 3, §. 13-16, D. XLIII, 16. — fr. 9, §. 1, ibid. - fr. 60. pr. D. VII, 1. - fr. 27, D. XXXIX, 5.

(8) Fr. 4, §. 27, D. XLI, 3. - Savigny, §. 46.

(9) Fr. 1, §. 30, 44, D. XLIII, 16.

(10) Fr. 1, §. 12, 15; fr. 3, §. 10-12, D. ibid.

(11) Fr. 1, §. 48; fr. 3, pr.; fr. 9, pr. D. ibid. La legge non accorda che un *actio in factum*, contro le persone alle quali si doveva un riguardo; fr. 1. §. 43, ibid.

(12) Fr. 3. §. 10, D. XLIII, 17. Il diritto canonico l' accorda anco contro il terzo possessore di mala fede. Cap. 18, X. 2, 13.

(13) Fr. 1. §. 31, D. XLIII, 16. - Cpr. fr. 1, §. 41, 42; fr. 6, ibid.

questo spazio non può essere altrimenti intentato contro il possessore, altro che per quanto è servito ad arricchirlo (1).

§. 248. 2. *Dell'interdetto*, de clandestina possessione. 3. *Dell' interdetto* de precario.

L'interdetto *de clandestina possessione* e l'interdetto *de precario* sono basati sui medesimi antecedenti principj. Il primo, la di cui esistenza è dubbia, ha luogo, allorchè si è perduto clandestinamente il possesso di un immobile (2); il diritto nuovo non ne fa più menzione di sorta (3); il secondo, allorchè si è accordato a una persona il godimento della cosa o l'esercizio d'una servitù a titolo precario (*precario*), e la detta persona si è rifiutata di restituire la cosa al proprietario che l'ha richiesta, o interrompere l'esercizio della servitù (4).

§. 249. IV. *Della difesa del possesso.* A. *Generalità.*

Il diritto che altri si arroga di difendersi e di farsi giustizia da per sè, è generalmente non solo proibito, ma eziandio punibile (5). Ma la legge, non vieta ciò quando si cerca di difendere la propria persona o i proprii beni in possesso dei quali si trova, contro gli attacchi ingiusti e violenti d'altrui (6), purchè la forza che respinge l'aggressore sia moderata (*moderamen inculpatæ tutelæ*) (7).

§. 250. B. *Della denunzia della nuova opera.* 1. *Nozione.*

Fra i mezzi permessi dalla legge a difesa della proprietà, havvene uno notabilissimo: è questi *la denunzia della nuova opera* (*nunciatio novi operis*) (8). Infatti allor quando alcuno comincia a fabbricare o demolire a dritto o a torto (*opus novum facere*) (9), colui che si crede leso, per queste opere, ha più mezzi per impedirle stragiudicialmente e prima che sieno condotte a termine (10). Le può impedire per mezzo di fatti (oggi *nunciatio realis*) (11), che sono spesso non solo permessi ma necessarj a colui, che per non perdere il suo possesso, deve difenderlo. Può egli impedire ancora l'opere senza basarsi

---

(1) Fr. 1, pr. ibid.

(2) Fr. 7, §. 5, D. X, 3. - Savigny, §. 41.

(3) Se ne vede il motivo, p. 128, nota 1, e p. 130, nota 14.

(4) Dig. XLIII, 26. Specialmente fr. 2-4; fr. 15, §. 2, ibid. - Cost. 2, C. VIII, 9. - Paolo *Sent. rec.* - V. 6, §. 10, 11. Savigny, §. 42.

(5) Fr. 176, pr. D. L. 17. - §. 1, J. IV, 2. - §. 6. J. IV, 15. - fr. 12, §. 2; fr. 13, D. IV, 2. - Cost. 7, 10, C. VIII, 4. - Cost. 34, C. IV, 65. - Cost. 9, C. IV, 10. - Nov. 60, Cap. 1. - Quanto alle pene che la legge pronunzia in questo caso, v. il §. 451.

(6) Fr. 45, §. 4, D. IX, 2: « vim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt ». - Cpr. fr. 4, ibid. - fr. 3, D. I, 1; - fr. 1, §. 27; fr. 3, §. 9, D. XLIII, 16.

(7) Fr. 5, pr. D. IX, 2. - Cost. 1, C. VIII, 4.

(8) Dig. XXXIX, 1. - XLIII, 24. - Codice, VIII, 11. - Ferd. Kæmmerer, *De operis novi nunciatione.* Heidelb. 1807. - C. F. Reinhardt, *Spiegazione del titolo delle Pandette: De operis novi nunciatione*, Stuttgardt, 1820. — A. M. Engelharde, *De operis novi nunciatione.* Lips. 1821. - G. Hasse, *Diss. de novi operis nunciatione.* Bonnæ, 1829, e più esteso ancora nel *Museo renano per la Giurispr.* anno 3, p. 579. - L. H. Wiederhold, *Dell' interdetto uti possidetis* e *della nunciazione della nuova opera.* Hanau, 1831. - Puchta, *Von den Klagen*, o *delle Azioni* §. 155.

(9) Fr. 1, pr. §. 7, D. XXXIX, 1.

(10) Perchè, *dopo* il compimento delle opere, non vi ha che l'interdetto *quod vi aut clam.* fr. 1, §. 1, D. ibid.

(11) Per esempio, allorchè si cacciano gli operaj, o si atterra l'opera incominciata, o si getta una pietra in simbolo (*jactus lapilli*); fr. 5, §. 10, D. ibid. - fr. 6, §. 1, D. VIII, 5. - Paul du Roi, *De jactu lapilli.* Helmst. 1782.

su fatti, allorchè sul luogo istesso in cui le costruzioni si eseguiscono (1), protesta contro gli operarj o contro colui che fa le veci di proprietario (2), contro la continuazione delle opere che egli proibisce. Questa specie di denunzia, che è la sola detta dai Romani *novi operis nunciatio*, può esercitarsi non solo dal proprietario, ma anco da tutti coloro, che in forza di un diritto reale, hanno interèsse che la nuova opera non sia eseguita (3).

§. 251. 2. *Dell'effetto della denunzia della nuova opera.*

La denunzia della nuova opera ha per fine, l' obbligo di sospendere la continuazione delle opere, in colui al quale è fatta, finchè la giustizia non abbia deciso sull' affare. Se ad onta di questa proibizione egli continua nelle operazioni, il denunziante ha il diritto di esigere, mediante l' interdetto *de opere novo demoliendo vel restituendo*, la demolizione o la restituzione dell' opera (4). Se questa costituzione in mora cagionò qualche danno al denunziato, la legge gli permette, anco innanzi la decisione della contestazione, di continuare o di desistere dall'opera, dando cauzione, *de eventualiter demoliendo aut restituendo* (5); nel caso in cui il denunziante si rifiuti d' accettare la cauzione, il denunziato ha l'interdetto proibitorio (*interdictum prohibitorium*) per esser difeso nella continuazione delle opere (6).

§. 252. 3. *Come cessi quest'effetto.*

L'effetto della denunzia cessa:
1. Coll'offrire cauzione (7).
2. Colla morte del denunziante.
3. Coll'alienazione della cosa (8).
4. Coll'autorizzazione accordata dal denunziante o dal giudice, di continuare le opere (*remissione*) (9).

(1) Fr. 5, §. 2, 4, D. XXXIX, 1.
(2) Fr. 5, 3, ibid.
(3) Fr. 1, §. 3, D. XLIII, 25: « Jus habet novum opus nunciandi, qui aut dominium aut servitutem habet »; - fr. 1, §. 5; fr. 3, §. 3; fr. 8, pr.; fr. 9, D. XXXIX, 1. - fr. 15, D. VIII, 2; fr. 6, §. ult., D. VIII, 5. - fr. 14, D. XXXIX, 1.
(4) Fr. 1, §. 7, fr. 20, pr. §. 1, 2; fr. 21, §. 1, D. XXXIX, 1.
(5) Fr. 5, §. 17; fr. 8, §. 2, 4; fr. 20; fr. 21, ibid.
(6) Fr. 20, §. 9, 10, ibid.
(7) Fr. 5, §. 17; fr. 8, §. 2, 4; fr. 20; fr. 21, D. XXXIX, 1.
(8) Fr. 8, §. 6, D. XXXIX, 1. - Ma non cessa per la morte del denunziato, fr. 8, §. 7, ibid.
(9) Fr. 5, §. 19, ibid. - fr. un. D. XLIII, 25.

CAPITOLO SECONDO

Della Proprietà (1).

TITOLO PRIMO

Dell' idea e della natura della proprietà.

§. 253. I. *Nozione della proprietà.*

La *proprietà* nel senso lato della parola, è tutto ciò che forma parte della nostra fortuna, tutto ciò che ne appartiene, sia corporale o incorporaie (2). Da questa generale nozione di proprietà, applicata alle cose corporali, nasce l'idea della proprietà in senso ristretto (*dominium*) (3). Consiste dunque esso, giusta sua natura ed essenza, nella proprietà di una cosa corporale, cioè in quanto la cosa ne appartiene, in quanto essa è nostra (4). La proprietà è, secondo la sua natura, un diritto illimitato ed

(1) Fonti generali, specialmente pel diritto antico: Gajo, II, §. 1-97. - Ulpiano, XIX. - Pel diritto nuovo: Inst. II, 1. - Dig. XLI. - Codice, VII, 25.

Bibliografia.

1. Sull'antico diritto: Hugo, *Rechtsgechichte*, p. 191, 231; pag. 509-537; p. 922-925. - *Heidelberger Jahrb. für Jurisprudenz*, o *Annali d' Eidelberga per la Giurisprudenza*, anno 2, 1809, pag. 328. - Gans, *Scholien zu Gajus*, o *Scho'ie su Gajo*, Scolia 5. - J. G. Dernburg, *Beitræge zur Gesch, der Rœm. Testamente*, pag. 155-159, 316. - Fr. Ballhorn, dit Rosen, *Ueber dominium*. Lemgo, 1822. - M. Manhayn, *Ueber den Ursprung und die Bedeutung der res mancipi et nec mancipi*. Francfort, 1823. - Unterholzner, *Ueber die verschiedenen Arten des Eigenthums*, o *delle diverse specie della proprietà* nel *Rhein. Museum zur Jurispr.* t. I, p. 129. - Zimmern, *Ueber das bonitarische Eigenthum*, o *della proprietà bonitaria*, nella medesima raccolta, t. III, p. 311. - K. Th. Putter, *Die Lehre vom Eigenthum*, o *Trattato della proprietà*. Berlino, 1831, p. 76-126. — M. S. Mayer, *Ueber das* duplex dominium des *Rœm. Rechts*, o del duplex dominium *in diritto romano*, nella *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft*, t. VIII, p. 1.

2. Sul diritto nuovo: Donello, *Comm. jur. civ.* IX, C. 8-12. - C. Chr. Westphal, *System des Rœm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjæhrung*, o *Sistema di diritto romano sulle specie delle cose, il possesso, la proprietà e la prescrizione*. Francfort e Leipzig, 1790. - J. Th. Reinhard, *Versuch einer system. Einleitung in die Lehre vom Eigenthumsrechte*, o *Saggio d' una introduzione sistematica al diritto di proprietà*. Francf. e Leipzig, 1800. - F. C. Gesterding, *Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum*, o *Esposizione approfondita del diritto di proprietà*, Greifswald, 1817.

(2) Fr. 49, D. L, 16. In questo senso così esteso havvi talvolta questione, in diritto romano, d'un *dominium ususfructus, servitutis et hereditatis*, fr. 3, D. VII, 6. - fr. 8, pr. D. XLII, 5. - §. 7, J. II, 19. - fr. 48, pr. D. XXVIII, 5, egualmente che d'una *vindicatio servitutis, pignoris, successionis*, fr. 9, D. XXXIX, 1. - fr. 16, §. 3, D. XX, 1. - Cost. 4, C. VI, 9. - Cpr. fr. 25, pr. D. XLIV, 7. Bisogna ancora riportare l'espressioni improprie: *dominus litis*, fr. 31, pr. D. III, 3; *dominus negotiorum*, §. 1, J. III, 27 (28).

(3) Da ciò: *corporis dominus*, per contrapposto a colui che non ha che un *jus in re*; fr. 13, §. 1, D. XXXIX, 2.

(4) Fr. 13, pr. D. XLI, 1. - fr. 1, §. 1, D. XXXIX, 5.

esclusivo. Essa comprende il diritto di disporre della sostanza della cosa, in ogni modo non proibito dalla legge, e di possederla e servirsene a esclusione d'ogni altro (§. 267).

§. 254. II. *Della proprietà libera e ristretta.*

La proprietà è di sua natura, un diritto illimitato ed esclusivo; ma tanto sott'uno, quanto sotto un altro rapporto, può essa venir ristretta, senza che per ciò il proprietario cessi d'esser tale (1). Se tutti i diritti inerenti alla proprietà si trovano riuniti nella persona del proprietario, e alcun diritto d'altri sulla cosa non è opposto al libero esercizio della proprietà, dicesi essa *piena* e *libera proprietà, proprietas plena* (oggi *dominium plenum*). Ma se il diritto di usare e di godere della cosa è separato dalla proprietà e trasferito in altrui, come diritto reale, il diritto che rimane al proprietario dicesi *nuda proprietà, nuda proprietas* (oggi *dominium minus plenum*) (2). Oltre a questo diritto d'usare e di godere, il diritto di proprietà, può venire ristretto anche in altre guise da diritti reali appartenenti ad altri, che al proprietario della cosa. In questi casi, la proprietà è *non libera* o *gravata.*

§. 255. *Della proprietà revocabile.*

In secondo luogo. la proprietà è, di sua natura, un diritto *irrevocabile.* Infatti, colui che l'ha una volta acquistata, non può esserne altrimenti spogliato, a meno che per motivo particolare, l'antecedente proprietario, non abbia il diritto d'interromperne la durata, anche contro la volontà del proprietario attuale, e di rivendicarla. In caso tale la proprietà è *rivocabile*, e in due differenti maniere:

1. Essa è revocabile nel suo principio, allorchè la causa della revoca sta nel modo con cui la proprietà fu acquistata (oggi: *dom. revocabile ex nunc*). In questo caso, la revoca ha un effetto retroattivo al tempo dell'acquisto; la legge concede a colui che in tal guisa ritorna nella proprietà della sua cosa, una *actio in rem* contro qualunque possessore (3), e quanto ai diritti concessi ai terzi dall'attual proprietario, pendente la durata della sua proprietà, vi è luogo all'applicazione della regola: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* (4).

2. La proprietà è irrevocabile nel suo principio, se la causa della revoca in seguito sopraggiunta, ha avuto luogo per circostanze nuove (oggi *dcm. revocabile ex nunc*) (5). In tal caso non ha effetto retroattivo che fino al momento della revoca e la revoca antedetta non vi ha altrimenti applicazione. In questo caso ancora, colui che opera la revoca, non ha che un'azione personale contro l'attual proprietario, e niuna contro i terzi. È chiaro adunque che in realtà, non vi ha proprietà revocabile che nei casi della prima specie.

§. 256. IV. *Della compoprietà.*

La proprietà, secondo la sua nozione, è un diritto essenzialmente esclusivo di guisa che ciò che appar-

---

(1) Fr. 25, pr. D. L, 16.

(2) Fr. 4, D. XXIII, 3. - fr. 126, §. 1, D. XLV. fr. 2, pr. 17, D. VII, 4. - §. 4, J. II, 4. Colui che ritiene la proprietà, si dice *dominus proprietatis*, in contrapposto all'*usufructuarius;* fr. 15. §. 6; fr. 72, D. VII, 1. - fr. 9, pr. §. 4, D. VII, 9. - fr. 66, D. XXIII, 3. - fr. 57. D. XXIV, 3. - fr. 33, D. VI, 1.

(3) Fr. 41, pr. D. VI, 1. - fr. 4, §. 3, 4, D. XVIII. 2. - fr. 2, §. 4, 5, D. XLI, 4. - Cost. 1, C. 4, IV. 54.

(4) Per esempio: fr. 3, D. XX. 6. - fr. 31, D. XX, 1. - fr. 4, §. 3, D. XVIII, 2. - fr. 105, D. XXXV, 1. - fr. 11, §. 1, D. VIII, 6.

(5) Per esempio: Cost. 8, 10, C. VIII, 56.

tiene a uno, non può contemporaneamente appartenere ad un altro. La proprietà d'una sola e medesima cosa, non può dunque mai appartenere che a un solo, e più persone non possono essere individualmente proprietarie della *intiera* cosa (1). Ma avviene facilmente che una cosa sia nella comune proprietà di più persone, in modo che ciascuna ne possegga una parte ideale (2). In tal caso niuno è proprietario della cosa per intiero, ma solamente della porzione ideale di cui essa per se sola dispone. I moderni dicono questa specie di proprietà, *comproprietà* o *condominium*.

TITOLO SECONDO

Dell'acquisto della proprietà (3).

§. 257. *Condizioni generali dell' acquisto.*

L'acquisto della proprietà esige il concorso delle seguenti condizioni:

1. Persona *capace d' acquisto*. La legge dichiara come incapaci, tutti coloro che mancano di volontà, come i furiosi e i pazzi, tranne i casi in cui la volontà dell' acquirente non v'abbia alcuna influenza (4), e coloro che generalmente non possono aver proprietà. Colui che non può acquistar nulla da se stesso, ma solo per mezzo d' altri, può acquistar proprietà (5).

2. *Cosa* capace di formar subietto di proprietà, e specialmente di colui che deve acquistarla (6).

3. *Modo di acquisto* legale (*acquisitio, species, s. genus acquisitionis, causa acquirendi*, oggi *modus acquirendi*) (7). La divisione degli acquisti in *acquisitiones juris gentium* (detti *naturales*) e in *acquisitiones juris civilis*, non è interamente abbandonata (8). L'acquisto per universalità (*per universitatem*) non è annesso unicamente alla proprietà (9). Alcuni acquisti di cose individuali (*rerum singularum*) saranno meglio da noi collocati altrove (10).

---

(1) Fr. 5, §. 15, D. XIII, 6: « Duorum *in solidum* dominium vel possessio esse non potest »; fr. 3, §. 5, D. XLI, 2.

(2) Il diritto romano indica questo rapporto colle appresso parole: *plures rem pro indiviso possident*; o coll'altre: *res, quam cum alio communem habet*, in contrapposto a quelle: *res quam solus habet*, fr. 4. §. 7, D. X, 1. - fr. 8, D. VI, 1.-fr. 5, D. XLV, 3.-fr. 25, §. 1, D. L, 16.

(3) Ist. II, 1. - Dig. XLI, 1. - Donello, *Comm. jur. civ.* IV, 7, 37; V, 1-31. - Gust. Frid. Hænel, *Diss. de acquirendo rerum dominio.* Lips. 1817. - Gesterding, §. 11. - De Bosch, *Histor. expositio de dominio ejusque acquirendi modis.* Groningæ, 1832.

(4) Per esempio: §. 3, J. III, 1. - fr. 63, D. XXIX, 2.

(5) Ist. II, 9. - V. il §. 183.

(6) §. 7, J. II, 1. - fr. 6, §. 2, D. I, 8. — §. 4, J. II, 20. - fr. 49, §. 2, D. XXXI. - Cost. 1, 2, C. I, 10.

(7) È falsa la teoria generalmente ammessa che ogni acquisto di proprietà richieda un *titolo (titulus)* e *un modo d'acquistare (modus acquirendi)* differente dal titolo.

(8) §. 6, J. II, 9. - fr. 1, pr. D. XLI, 1. - Ulpiano, XIX. - Gajo, II, §. 18 e seg.

(9) L' antico diritto collocava in questo luogo specialmente l' acquisto per *arrogationem* (§. 551), per *conventionem uxoris in manum mariti*, *peremptionem bonorum debitoris oberati* (§. 762), *per hereditatem et bonorum possessionem*, ed altri. V. in generale: Gajo II, §. 98; III, §. 77, e seg. - Ist. III, 10-12 (11-13). Il diritto nuovo, non ha conservato che l' acquisto per *successione*, §. 6, J. II, 9, di cui si parlerà al libro IV.

(10) Così per esempio noi non ci occuperemo ancora dell' acquisto di proprietà per *legati* (§. 705), per *costituzione di dote* (§. 527) e di molti altri in cui si acquista immediatamente la proprietà per disposizione di legge (*ipso jure, lege*), come nel caso di seconde nozze, e di se-

§. 258. II. *Dei modi individuali d'acquisto.* — A. *Dell'occupazione.*

L'occupazione, questo modo d'acquistare la proprietà, si fonda sul principio seguente: *res nullius cedit occupanti*, cioè: colui che s'impadronisce di una cosa priva di padrone, ne acquista la proprietà, ove abbia in mira di farla sua (1).

Il diritto romano stabilisce tre specie d'occupazione:

1. L'occupazione di cose viventi e prive di padrone, nel novero delle quali colloca tutti gli animali selvaggi viventi in terra, in acqua e in aria, nella supposizione che essi godono la loro natural libertà, o che avendo un padrone, l'abbiano ricuperata. Questa specie d'occupazione si estende dunque alla caccia e alla pesca (2).

2. L'occupazione delle cose inanimate, prive di padrone, o le cose trovate (3); nonostante, il tesoro trovato per caso si considera, per metà, come accessione del fondo in cui esiste (4); le cose perdute o smarrite, o gettate in caso di naufragio, per alleggerire il naviglio, non sono riguardate come *res nullius* (5).

3. La preda fatta in guerra; il diritto romano considera le cose del nemico come cose *nullius* e ne permette l'occupazione (6); ma sovente ha luogo un ritorno di proprietà (*postliminium*) (7), il quale è solo applicabile agl' immobili ripresi e agli schiavi (8).

§. 259. B. *Della specificazione.*

Si acquista la proprietà per la *specificazione*, la quale consiste nel trasformare la cosa altrui, facendo specialmente della materia d'un altro una nuova specie, di cui si diviene proprietarj (9). Se chi produce la nuova specie, l' ha formata in parte colla materia sua propria, in parte colla materia d' altri, egli ne acquista per sempre la proprietà; ma se la nuova specie fu intieramente formata colla materia altrui, convien distinguere se possa o no ricondursi al suo stato primitivo (10). Nel primo caso il proprietario della materia acquista ancora la proprietà la nuova specie, ma deve indennizzare della sua fatica lo specificante, se ciò fece in buona fede (11). Nel secondo caso, lo specificante acquista la proprietà della nuova specie; ma è necessario che egli abbia avuto l' intenzione di for-

---

parazione di corpi a causa di debiti (§. 535-537).

(1) Fr. 3, D. XLI, 1: « Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur ». - Gajo, II, 66-69. - §. 12-18, J. II, 1. - W. Brouwer, *De jure occupandi*. Lugd.-Bat. 1822. - D. Heisselink, *De Dominio ejusque acquirendi modis per occupationem et accessionem*. Grœn. 1821.

(2) §. 12, 16, J. II, 1: « nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno »; fr. 7, §. 1; fr. 2-6, D. XLI, 1. - fr. 1, D. XLI, 2.

(3) §. 18, 47, J. ibid. - fr. 1, §. 1, D. XLI, 2.

(4) §. 39, J. II, 1. - fr. 3, §. 10, D. XLIX, 14. L'antinomia apparente che esiste fra questi due passi, sparisce col §. 7, II, di Gajo. - La Cost. 1, C. X, 15, conferma la disposizione più recente sul tesoro ritrovato.

(5) §. 48, J. II, 1. - Dig. LXI, 7.

(6) §. 17, J. II, 1. - fr. 5, §. 7; fr. 51, §. 1, D. XLI, 1.

(7) Dig. XLIX, 15. - Codice. VIII, 51.

(8) Fr. 20, §. 1; fr. 28, D. XLIX, 15.

(9) Il diritto romano non fa mai uso della parola *specificatio*, ma sempre dell' espressione *speciem facere*.

(10) §. 25, J. II, 1, paragonato col fr. 7, §. 7; fr. 12, §. 1; fr. 24; fr. 26, pr. D. XLI, 1. - Gajo. II, 79. - Teofilo, sul §. 25, J. cit.

(11) Frattanto la legge non accorda allo specificante che un diritto di ritenzione, che pel tempo in cui è in possesso della nuova specie, e l'eccezione *doli mali* contro il proprietario rivendicante. Arg. §. 30, 32, 33, 34, J. II, 1. - fr. 23, §. 4, D. VI, 1. Lo specificante che agisce di mala fede non ha alcun diritto a essere indennizzato della sua fatica, Arg. §. 30, J. II, 1.

marla per sè (1), e in tal caso, quanto all'acquisto della proprietà non si osserva s' egli abbia agito di buona o mala fede (2). Perciò che attiene alla indennità dovuta al proprietario della materia, lo specificante in buona fede, non è tenuto a prestare che il di più ricavato (3), ma se egli ha agito in mala fede, è tenuto, come ladro, a risarcire ogni danno cagionato (4).

§. 260. C. *Dell'accessione.*

L'*accessione* è un modo d'acquisto per cui, secondo la regola, che l'accessorio segue il suo principale, (*res accessoria sequitur rem principalem* o *cedit rei principali*), il proprietario della cosa, riguardata come principale, diviene per diritto, proprietario dell'accessoria che alla principale si aggiunge (5). Questo modo d' acquisto comprende un grandissimo numero di casi, che possono venir collocati sotto due distinte classi: la prima comprende le cose che sarebbero diversamente *res nullius;* la seconda, le cose sono già state in proprietà d'altra persona; le une e l'altre passano, accedendo alla cosa principale, nella proprietà di colui al quale essa appartiene (6).

§. 261. I. *Dei casi della prima specie.*

I casi della prima specie si basano sul principio seguente: il proprietario d'una cosa acquista il diritto di proprietà di tutte le produzioni organiche della cosa medesima, e di tutto ciò che indipendentemente dal fatto suo, vi è annesso esternamente in guisa da formarne parte. Sotto questo principio, si debbono annoverare i casi seguenti:

1. Il proprietario acquista la proprietà dei frutti della cosa, all'epoca del lor nascimento (*fructus pendentes pars fundi sunt*) (7), non meno che i parti degli animali, e presso i Romani, anco i figli delle schiave senza aver riguardo al padre (*partus sequitur ventrem*) (8).

2. L' accrescimento portato da un fiume insensibilmente a un fondo (*alluvio*) divien proprietà di colui al quale il fondo appartiene (9).

3. L'isola nata nel mezzo d'un fiume (*insula in flumine nata*) appartiene in comune ai proprietarj abitanti lungo le due rive, secondo lo spazio che ciascun fondo presenta alla riva, e per misura di linea tirata nel mezzo del fiume; ma allorchè l'isola si trova tutta intera da una parte di questa linea, appartiene esclusivamente ai proprietarj abitanti sulla riva di questa parte medesima, sempre in proporzione della estensione di larghezza che ciascun fondo occupa nel fiume (10).

4. Il terreno di un fiume che abbandona il suo letto (*alveus derelictus*), si divide egualmente che l'isola, tra'proprietarj dei fondi abitanti

---

(1) L' atto di far fromento colle spighe altrui non è più considerato, dopo il fr. 7, §. 7, in fine, D. XLI, 1, come al tempo di Gajo, come una specificazione. Cpr. Gajo, come una specificazione. Cpr. Gajo, II, 79. - §. 25. J. II, 1.

(2) §. 26, J. II, 1. - Il fr. 12, §. 3, D. X, 4 e il fr. 52, §. 14, D. XLVII, 2, non son contrarie.

(3) Arv. fr. 14, D. XII, 6, e il fr, 31, §. 3, D. V, 3.

(4) Gajo, II, 79. - Arg. §. 26, J. II, 1. - fr. 52, §. 14, D. XLVII, 2.

(5) Presso i Romani, *accessio*, non significava l'acquisto della proprietà per l'addizione d' una cosa ad un' altra, ma la cosa stessa aggiunta (§. 153).

(6) La divisione ordinariamente adottata in *accessio naturalis, industrialis e mixta*, non è nè romana, nè esatta.

(7) Fr. 44, D. VI, 1. - fr. 25, pr. §. 1, D. XXII, 1.

(8) §. 19, J. II, 1. - fr. 5, §. 2, D. VI, 1. - Cost. 7, C. III, 32. - fr. 28, D. XXII, 1.

(9) Gajo, II, 70. - §. 20, J. II, 1. - fr. 7, §. 1; fr. 16; fr. 56, D. XLI, 1.

(10) Gajo, II. 72. - §. 22, J. II, 1. - fr. 7, §. 3; fr. 29; fr. 30, §. 2; fr. 56; fr. 65, §. 4, D. XLI, 1. - fr. 1, §. 6, D. XLIII, 12.

lungo il letto abbandonato (1). Se al contrario, un fiume, dividendosi, dà al terreno la forma d'un isola, questo terreno non cessa d' appartenere al proprietario medesimo; non perdesi la proprietà per la sola inondazione (2).

5. Infine, il *tesoro* che, per una metà vien riguardato come accessione, e per l'altra metà come occupazione di cose nullius; esso dunque appartiene per metà al proprietario del fondo, e per metà all'inventore (3).

§. 262. *Dei casi della seconda specie. a. Dell' aggiunzione.*

I casi della seconda specie si fondano sull'appresso principio: allorchè una cosa è unita ad un'altra in guisa che, o la loro divisione riesce impossibile, o deteriora una di queste cose, il proprietario della cosa principale, acquista la proprietà della cosa accessoria a lei aggiunta (4). A tal categoria appartiene particolarmente l'*aggiunzione*, o l'unione intima di due cose attenenti a proprietarj diversi. Così la testura (*intexture*) (5), l'afferruminazione (*adferruminatio*) (6), la pittura (*pictura*), ove essa è cosa principale (7), e la scrittura (*scriptura*) ove il materiale è il principale (8); così principalmente l'edificazione (*inædificatio*), caso in cui, secondo la regola *solo cedit quod solo inædificatur*, il proprietario del fondo acquista la proprietà dell'edifizio, ivi inalzato (9); l'istesso dicasi della sementa e della piantagione (*satio et plantatio*), altro caso in cui, secondo il principio *solo cedit quod solo implantatur*, il proprietario del fondo acquista la proprietà della sementa, della pianta e dell' albero, se però abbia gettate le radici (10). Finalmente, sotto questa categoria si deve collocare l' avulsione (*avulsio*), la quale avviene allorchè un fiume tutt'in una volta, porta via una porzione d'un fondo e ad un altro la unisce; in caso tale, il proprietario del fondo cui è aggiunta la porzione, la fa sua dal momento in cui gli viene aggiunta (11).

§. 263. *Dell' indennità dovuta in tal caso al proprietario della cosa accessoria.*

Allorchè, nei casi da noi enumerati, qualcuno acquista, per aggiunzione, ciò che fin allora apparteneva ad altri, questi ha il diritto sovente di chiedere una indennizzazione. A tal proposito occorre una distinzione:

1. Se l'aggiunzione avviene per opera di colui che acquista la proprietà; allora si deve esaminare se egli in buona fede credeva che fosse sua la cosa aggiunta alla propria, e in tal caso non è tenuto a restituire al proprietario che il più da lui lucrato (12); ma se al contrario agiva di mala fede, egli è tenuto, come ladro,

---

(1) §. 23, J. ibid. - fr. 7, §. 5; fr. 30, §. 1, 2, D. XLI, 1. - Cost. 1, C. VII, 41.

(2) §. 22, 24, J. II, 1. - Cpr. fr. 7, §. 6, D. XLI, 1. - fr. 1, §. 9. D. XLIII, 12.

(3) Cost. un. C. X, 15.

(4) Allorchè la separazione è possibile, il proprietario della cosa accessoria, può, per ottenere la separazione, intentare l'azione *ad exhibendum*, e rivendicarla in seguito come sua; fr. 6; fr. 7, §. 1, D. X, 4. - fr. 23, §. 5, D. VI, 1.

(5) §. 26, J. II, 1.

(6) Fr. 23, §. 5, D. VI, 1.

(7) §. 34, J. II, 1: « Ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere »; - fr. 9, §. 2, D. XLI, 1. - fr. 23, §. 3, D. VI, 1. - Gajo, II, 78.

(8) §. 33, J. II, 1. - fr. 9, §. 1, D. XLI, 1. - Gajo, II, 77.

(9) Gajo, II, 73. - §. 29, 30, J. II, 1. - fr. 23, §. 6, D. VI, 1. - fr. 6, D. X, 4. - fr. 1, 2, D. XLVII, 3.

(10) §. 31, 32, J. II, 1. - fr. 7, §. 13, fr. 9, pr. D. XLI, 1. - Gajo, II, 74, 76.

(11) Gajo, II, 71. - §. 21, J. II, 1. - fr. 7, §. 2, D. XLI, 1. - Du Caurroy, *Interpretazione del* §. 21, *J. de rer. div.*; nella *Thémis*, t. VI, p. 143.

(12) Fr. 5, §. 3; fr. 23, §. 5, D. VI, 1.

di risarcire ogni danno cagionato (1). Nel caso dell' edificazione, havvi di particolare, che il proprietario dei materiali, coi quali si è costrutto, non ne perde la proprietà; ma non può rivendicarli finchè l'edifizio sussiste. Al contrario, per l'azione *de ligno juncto*, può esigerne il pagamento del doppio, e senza fare osservazione alla buona o mala fede di colui che ha edificato (2).

2. Se l'aggiunzione fu opera di colui che perde la proprietà d'una cosa fin allora sua: bisogna in tal caso esaminare egualmente se egli agì di buona fede, e allora può esercitare un diritto di ritenzione finchè non sia indennizzato, e respingere coll'eccezione *doli mali* il proprietario rivendicante: ma se egli non è più in possesso della cosa, il diritto romano non gli concede azione di sorta (3). Se al contrario agì di mala fede, egli perde la sua proprietà, senza poter pretendere alcun risarcimento (4), a menochè la cosa aggiunta non si riguardi come una spesa necessaria (§. 155), nel qual caso egli esercita un *actio in factum* per l'indennità (5).

3. Infine, se l' aggiunzione ebbe luogo per avvenimento di natura, come per avulsione, allora deve considerarsi come effetto del caso, e quegli che ne approfitta, non è in guisa alcuna tenuto a indennizzare colui che ne risente la perdita (6).

§. 264. b. *Della commistione.*

La commistione dei corpi solidi, appartenente a proprietarj diversi (*commistio*) (7) non è, a dir vero, un modo di acquistare la proprietà; in fatti, allorchè ha essa luogo per consenso delle parti, il tutto proveniente dalla commistione diventa comune; allorchè, per lo contrario, avviene per caso, o fatto di un solo dei proprietarj, ciascuno ritiene la proprietà delle cose che gli appartengono, e che può separare dalla proprietà degli altri. Ma se questa separazione è impossibile, come nel caso di commistione di grani, il tutto divien comune, e ciascuno può in proporzione di quanto ha dato, dimandarne la divisione (8).

§. 265. c. *Della confusione.*

La confusione (*confusio*) o la commistione delle cose liquide appartenenti a proprietarj diversi, avvenuta o per consenso delle parti o per caso, ha per mira la comunione, senza distinguere, se la commistione si componga di cose eguali o di specie differente (9). Ma allorchè è avvenuta per opera di una delle parti senza il consenso dell' altra, la commistione

---

(1) §. 26. J. II, 1. - fr. 52, §. 14, D. XLVII, 2.

(2) Fr. 29, J. II, 1. - fr. 7, §. 10, D. XLI, 1. - fr. 23, §. 6, D. VI, 1. - fr. 6, D. X, 4. - fr. 1, D. XLVII, 3. - Cost. 2, C. III, 32.

(3) §. 33. 34, J. II, 1. - Gajo, II. 76-78. - fr. 23, §. 4, D. VI, 1.

(4) §. 30, 34, J. II, 1. - fr. 7, §. 12, D. XLI, 1.

(5) Cost. 5, C. III, 32.

(6) Vi sono, per verità, molti autori che la pensano diversamente, ma il §. 31, J. II, 1; i fr. 5, §. 3; fr. 23, §. 4, 5, D. VI, 1. - fr. 7, §. 13; fr. 26, §. 2, D. XLI, 1, che essi invocano, non parlano che d'aggiunzione pel fatto dell'uomo.

(7) Colle parole *miscere* o *commiscere*, i moderni non intendono che il miscuglio dei corpi *solidi*; e per *confundere*, il miscuglio delle cose *liquide*; ma i Romani impiegavano l'una e l'altra espressione per le cose solide e liquide; fr. 3, §. 2; fr. 5, pr. §. 1, D. VI, 1. - fr. 7, §. 8, D. XLI, 1.

(8) §. 28, J. II, 1. - fr. 5, pr. D. VI, 1. - In *un sol caso* la commistione fa acquistare la proprietà; ed è allorquando si è pagato un debito col denaro altrui, o che si è dato in prestito il denaro d'altri, e che colui il quale lo ha ricevuto, l'ha mischiato col proprio; fr. 78, D. XLVI, 3. - Cpr. fr. 11, §. 2, D. XII, 1.

(9) §. 27, J. II, 1. - fr. 7, §. 8, 9, D. XLI, 1.

non diviene comune, tranne allora che si compone di cose della specie medesima (1); imperocchè ove siano di specie diversa, la commistione, si cangia in vera specificazione, e quegli, per cui fui operata, divien proprietario di tutto, indennizzando l'altro, secondo i principj generali annunziati al §. 246 (2).

§. 266. D. *Dell'aggiudicazione.*

L'aggiudicazione della proprietà d'una cosa per opera del giudice, ha luogo nei tre giudizj divisorj: *judicium familiæ herciscundæ*, *communi dividundo et finium regundorum.* In tali casi, il giudice ha il diritto di aggiudicare all'uno o all'altro dei comproprietarj la esclusiva proprietà di una cosa fin allora comune, e la sua sentenza importa, *ipso jure*, la traslazione della proprietà della cosa aggiudicata (3), supponendo sempre che essa fosse realmente comune fra i condividenti e che non appartenesse ad altri (4).

§. 267. E. *Della tradizione.*
1. *Nozione.*

Considerata come modo d'acquistare la proprietà, la *tradizione* (*traditio*) (5), si fonda sul principio seguente: colui, al quale il proprietario abbandona il possesso d'una cosa, col fine di fargliene acquistare la proprietà, l'acquista realmente (6), ove tale sia la sua intenzione (7).

§. 268. 2. *Delle condizioni della tradizione.* a. *Della proprietà e della facoltà di disporre in testa di colui che fa la tradizione.*

La proprietà d'una cosa non può trasferirsi, per tradizione, che da colui che ne è realmente proprietario, e che ne ha la libera disposizione. Così l'alienazione e la tradizione fatte dal non proprietario, non trasferiscono alcuna proprietà in colui che riceve la cosa (8); a meno che non ne divenga proprietario (9), o che per particolari motivi, non abbia diritto d'alienare la cosa altrui (10); al contrario l'alienazione e la tradizione, tuttochè fatte dal proprietario, ma non avente la libera disposizione, sono interamente nulle e senza effetto (11).

---

(1) Fr. 3, §. 2; fr. 4, D. VI, 1.

(2) Fr. 5, §. 1, D. ibid.; fr. 12, §. 1, D. XLI, 1. - §. 25, J. II, 1.

(3) Ulpiano, XIX, 16. - §. 4-7, J. IV, 17. - Cost. 3, C. III, 37.

(4) Fr. 17, D. XLI, 3. Secondo il principio: *inter alios acta et judicata aliis non nocent.* Codice VII, 60.

(5) Donello, *Comm. jur civ.* lib. IV, C. 15-20.

(6) Cost. 20, C. II, 3: « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur ».

(7) Fr. 55, D. XLIV, 7.

(8) A norma della conosciuta regola, fr. 54, D. X, 17: « Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet »; fr. 20, pr. D. XLI, 1. Colui che riceve la cosa non acquista; supponendo in lui la buona fede, che il possesso proprio all'usucapione. Questa regola soffre eccezione pel fisco, pel reggente e per la reggente. Questi trasferiscono immediatamente la proprietà delle cose altrui, salvo il diritto nel proprietario di chiedere al fisco indennità correndo quattro anni. §. 14, J. II, 6. - Cost. 3, C. VII, 37.

(9) Fr. 42, D. XLI, 3. Si opporrebbe a colui che ha alienato e che vorrebbe rivendicare la cosa, l'eccezione *rei venditæ et traditæ*, fr. 1, pr.; fr. 2, D. XXI, 3. - fr. 72, D. VI, 1. - fr. 17, D. XXI, 2.

(10) Pr. J. II, 8. « Accidit aliquando, ut qui dominus non sit alienandæ rei potestatem habeat ». Per esempio, il creditore pignoratario. §. 1, J. ibid. - fr. 46, D. XLI, 1.

(11) Pr. J. II, 8: « Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit ». Così per esempio il marito non può alienare il fondo dotale, consentendolo anco la moglie, nè il pupillo i suoi beni, senza l'autorità del tutore. §. 2, J. ibid. - fr. 6, D. XLV, 1.

§. 269. b. *Della giusta causa* (1).

La tradizione d'una cosa per parte del proprietario non trasferisce la proprietà in colui che la riceve, se non quando vi concorre una *giusta causa* (*justa causa*) (2 un atto legale, cioè, che forma base al diritto di proprietà per parte di colui che la riceve (3) sia col mezzo d'un fatto qualunque, per cui chi fa la tradizione, manifesta la intenzione di trasmettere ad altri la proprietà della cosa (4). Allorchè le parti hanno realmente la intenzione di trasmettere e di ricevere la proprietà, poco importa che esse parti abbiano avuto in vista una differente causa (5), o che il dolo abbia informato l'atto stesso o il credito in pro del compratore (6).

§. 270. 3. *Del modo della tradizione.*

L'effetto della tradizione deve esser quello di concedere un potere sulla cosa a colui che la riceve, e di aggiungere alla potenza legale, la potenza fisica sulla cosa medesima (7). Ne consegue che la tradizione deve riguardarsi come compita dal momento in cui chi riceve la cosa ha la potenza fisica di disporne. In diritto, poco importa in qual modo si operi questa facoltà di disporre (221).

La tradizione può dunque aver luogo:

1. Per la consegna della cosa nelle mani di chi deve riceverla.

2. Allorchè colui che fa la tradizione conduce chi la riceve sul fondo, o presso il fondo, o in luogo donde possa vederlo, e glielo mostra, dichiarando esser sua volontà di dargliene il possesso (8).

3. Allorchè egli depone la cosa mobile innanzi colui che la riceve; o mediante suo ordine, in sua casa (*longa manu*) (9).

4. Quando chi fa la tradizione rimette la cosa a persona designata da colui che deve riceverla *(brevi manu)* (10).

5. Allorchè chi possiede la cosa a nome d'un altro, acquista il diritto di possederla in proprio nome, di guisachè non si richiede nè prima nè seconda tradizione (11). I moderni la dicono ancora *traditio brevi manu*.

6. Reciprocamente allorquando colui che possedeva per se stesso, dà ad altri la proprietà e continua a possedere in nome di questi; lochè al presente dicesi *constitutum possessorium* (§. 228) (12).

7. Infine, la tradizione può aver luogo per la consegna d'un oggetto

(1) Donello, *Comm. jur. civilis*, IV, 16.

(2) Se non vi è giusta causa, la tradizione non trasferisce la proprietà; fr. 31, pr. D. XLI, 1. « Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur ».

(3) Se la tradizione è la conseguenza d'un *contratto di vendita*, il compratore non divien proprietario per la sola tradizione, ma deve aver pagato il prezzo, o deve averne dato credito. §. 41, J. II, 1. - fr. 19, 53, D. XVIII, 1. - fr. 5, §. 18, D. XIV, 4. - fr. 11, §. 2, D. XIX, 1. - Cpr. più sotto, il §. 369.

(4) Per esempio, §. 40, 46, J. II, 1. - fr. 9, §. 7, D. XLI, 1. - fr. 5, §. 1, D. XLI, 7. - fr. 3, §. 1, D. XLIV, 7.

(5) Fr. 36, D. XLI, 1. - fr. 18, D. XII, 1.

(6) Fr. 11, §. 3, 5; fr. 13, §. 27, 28, D. XIX, 1. - fr. 9, §. 3, D. XLI, 1. - Cost. 5, 10, C. IV, 44. - V. anco fr. 4, §. 27-32, D. XLIV, 4.

(7) Savigny, *Traité de la possession*, §. 13-28.

(8) Fr. 18, §. 2, D. XLI, 2. - fr. 1, §. 21, D. ibid.

(9) Fr. 79, D. XLVI, 3. - fr. 18, §. 2, D. XLI, 2.

(10) Fr. 15, D. XII, 1. - fr. 43, §. 1, D. XXIII, 3. - fr. 3, §. 12, D. XXIV, 1. - fr. 1, §. 21, D. XLI, 2. - fr. 11, pr. D. VI, 2.

(11) Fr. 9, §. 1, D. VI, 2. - fr. 9, §. 5, D. XLI, 1. - §. 44, J. II, 1. - fr. 9, §. 9, D. XII, 1.

(12) Cost. 28, C. VIII, 54. - Cost. 35, §. 5, C. ibid. - fr. 18, pr. D. XLI, 2. - fr. 77, D. VI, 1.

che rende possibile il possesso della cosa, come consegnando le chiavi del luogo in cui questa cosa è racchiusa (1).

I moderni non veggono in quest'atto che un simbolo della cosa da consegnarsi, e dicono questa specie di consegna, *traditio simbolica*, che può del pari effettuarsi per altri segni rappresentativi della cosa.

§. 271. F. *Dell'usucapione.* 1. *Sua nozione e sua specie.*

Si acquista la proprietà d'una cosa per *usucapione* (2), possedendola come propria perdurante un certo tempo (3). Secondo il nuovo diritto romano, si divide in *usucapione ordinaria* (*usucapio* o *longi temporis possessio s. præscriptio*) che si compie per tre, dieci o vent'anni (4); e in *usucapione straordinaria* la quale è di due specie; una è perfetta per un lasso di tempo *determinato* (*præscriptio 30 vel 40 annorum ; præscriptio longissimi temporis acquisitiva*), l'altra non ha limite e dicesi immemorabile (*præscriptio immemorialis*) (5).

§. 272. 2. *Condizioni generali ad ogni usucapione.*

Necessita a ogni specie d'usucapione il concorso delle appresso condizioni:

1. Colui che vuole acquistare la proprietà d'una cosa per usucapione deve senza interruzione averne il vero possesso (*continua possessio*) (6). La interruzione del possesso dicesi

---

(1) §. 45, J. II, 1. - fr. 9, §. 6, D. XLI, 1. - fr. 1, 31 in fine, D. XLI, 2. - fr. 71, D. XVIII, 1.

(2) Gajo, II, 41-61. - Ulpiano, XIX, 8. - Paolo, V, 2. - Cod. Theod. IV, 13. - Ist. II, 6. - Dig. XLI, 3-10. - Codice, VII, 26-40. Nov. 22, C. 24. - Nov. 119, C. 7. - Nov. 131, C. 6. - Cujacio, *Comm. ad tit. Dig. De usucapionibus*. In *Operib.* t. I. - Donello, *Comm. jur. civ.* lib. V, C. 4, 14-31; lib. XI, C. 11-12. - Jac. Rave, *De præscriptionibus*. Jenæ, 1766. Ed nov. cura Eichmanni. Halæ, 1790. - Thibaut, *Ueber Besitz und Verjæhrung*, o *Del possesso e della prescrizione*. Jenæ 1802. - Dabelow, *Ueber die Verjæhrung*, o *Della prescrizione*. 2 vol. Halle, 1805, 1807. - J. De Wet, *De usucapione et præscriptione sec. princ. jur. romani*. Lugd.-Bat. 1810. - K. A. D. Unterholzner, *Die Lehre von der Verjæhrung durch fortgesetzn Besitz*, o *Della prescrizione per la continuazione del possesso*. Breslau, 1815. - Gesterding, *Vom Eigenthume*, o *Della proprietà*, §. 39. - Ballhorn, *Del dominio*, p. 233. - Ever. Dupont, *De præscriptionibus secundum hodierni et romani juris præcepta*. Leodii, 1823. - T. E. Engelbach, *Ueber die usucapion zur Zeit zwœlf Tafeln*, o *Dell' usucapione al tempo delle XII tavole*. Marbourg, 1828. C. F. Reinhardt, *Dell'usucapione e della prescrizione del diritto romano*. Stuttgardt, 1832.

(3) Fr. 3, D. XLI, 3. « *Usucapio* est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti ».

(4) Questa specie d'usucapione è nata dal principio che Giustiniano ha posto, nella Cost. 1, C. VII, 31, tratto dall'antica usucapione civile e dalla *longi temporis possessios. præscriptio* del pretore; di guisachè al presente non esiste più una tal differenza.

(5) I moderni designano ordinariamente questa materia coll'espressione generale di *prescrizione*; ma il diritto romano non impiega simil parola in questo senso generale. I moderni designano con essa le specie seguenti :

1. La *prescrizione acquisitiva* della proprietà e delle servitù, detta dai Romani *usucapio seu longi temporis possessio*, al presente *præscriptio acquisitiva*. Noi parleremo qui dell'acquisto della proprietà per usucapione, e nel §. 291, dell'acquisto delle servitù pel loro esercizio, durante un lungo spazio di tempo.

2. La *prescrizione estintiva* della proprietà (*præscriptio extintiva*), come delle servitù ed altri simili diritti, pel loro non esercizio (*non usus*), nonchè delle azioni non intentate in tempo utile (*temporis exceptio s. præscriptio*) di cui abbiamo parlato ai §. 198 e 199. - Unterholzner, *Della prescrizione*, t. I, §. 2, 3.

(6) Fr. 25, D. XLI, 3. - Unterholzner, t. II, §. 183.

usurpatio, la quale è naturale (1) allorchè si è perduto realmente il possesso, o civile, allorchè s' intenta un'azione contro il possessore (2), o allorchè nell'assenza di lui, si protesta contro il suo diritto (3).

L'usurpazione civile non interrompe l' usucapione di fronte agli altri, ma solo di fronte a colui che intenta l' azione (4).

2. Il possesso deve ritenersi in *buona fede* (5), ed aver durato per un certo lasso di tempo determinato (6) allorchè, perdurante il tempo necessario a compire la prescrizione, più persone hanno avuto il possesso di una cosa, il tempo del possesso del predecessore si aggiunge a quello del successore, *accessio possessionis s. temporis* (7).

Il successore universale non può sottrarsi a questa accessione di tempo, tanto in vantaggio quanto in pregiudizio (8).

Il successore particolare può, ove lo trovi di suo vantaggio, prevalersi di questa accessione; ma bisogna che il possesso del suo predecessore sia stato atto a fondar l' usucapione, e che il suo egualmente lo sia. Se il possesso del predecessore non era tale, non torna, per vero profittevole al successore particolare, ma neppur lo pregiudica, come avviene nell' universal successore (9).

3. Fa bisogno di cosa che possa andar soggetta a prescrizione. Le cose fuori del commercio (10) sono le sole su cui per lasso di tempo, non può mai cadere l'usucapione, perch' esse non possono formar subietto d'alcuna proprietà; ma sonovi altre cose, che durante un certo tempo, non possono venir prescritte; come: i beni dotali che la moglie può rivendicare cessato il matrimonio, o al momento della separazione dei beni cagionata per l'insolvibilità del marito; l'usucapione non corre su quei beni, durante il matrimonio (11). I beni avventizi dei

---

(1) Fr. 2, 5, D. XLI, 3. - Unterholzner, t. I, v. 122, 130; t. II, §. 186.

(2) Cost. 10, C. VII, 32. - Cost. 1, 3, 10, C. VII, 33. - Cost. 3, C. VII, 40. - Cost. 2, C. III, 19. - Unterholzner, t. II, §. 186, pensa diversamente.

(3) Cost. 2, 3, C. VII, 40.

(4) Fr. 18, D. VI, 1. - Cost. 2, 3, C. VII, 40.

(5) Unterholzner, t. I. §. 91-101; §. 117-121, t. II, §. 178, 179, 185. - Il diritto romano esige in chi prescrive, solamente la buona fede a principio *(mala fides superveniens non nocet)*, fr. 7, §. 4; fr. 2, §. 13, D. XLI, 4. - fr. 15, §. 2, D. XLI, 3. - Frattanto allorchè egli acquista il possesso in seguito d'un contratto di vendita, deve essere stato in buona fede nell'atto di concludere il contratto, fr. 48, D. XLI, 3. - fr. 2, pr. D. XLI, 4. Ma il diritto canonico esige che sia stato in buona fede tutto il tempo necessario per la prescrizione. Cap. 20, X, 2, 26: « unde oportet, ut qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ ». Cap. 5, X, ibid. - Cap. 2, *de reg. juris. in VIto.*

(6) Il tempo varia secondo le differenti specie d'usucapione. Nell'usucapione ordinaria, si conta civilmente *(civiliter)*, vale a dire che è già riguardato come compìto dal momento in cui è incominciato l' ultimo giorno; fr. 6; fr. 7; fr. 31, §. 1, D. XLI, 3. - fr. 15, pr. D. XLIV, 3.

(7) §. 12, 13, J. II, 6. - Dig. XLIV, 3. - Codice VII, 31. - Unterholzner, t. I, §. 132-34.

(8) Così se il defunto è stato in buona fede nell' acquisto del possesso, l' erede può compire la prescrizione, per quanto sia in mala fede. Se al contrario, il defunto era in mala fede, l'erede non può prescrivere, ancorchè in buona fede. §. 12, J. II, 6. - fr. 2, §. 19, D. XLI, 4. - fr. 11, i fr. 14, §. 1, D. XLIV, 3. - fr. 30, pr. D. IV, 6. - Cpr. 11, C. VII, 32. Cost. fr. 43, pr. D. XLI, 3.

(9) Il successore singolare può dunque, in tal caso, se egli solo fu in buona fede, cominciare da sè l' usucapione. §. 13, J. II, 6. - fr. 13, §. 10, D. XLI, 2. - fr. 14, 15, 16. D. XLIV, 3. - fr. 2, §. 17, D. XLI, 4. - Cost. 1, 11, C. VII, 33. Cost. 4, Cod. III, 32.

(10) §. 1. J. II, 6. - fr. 9, D. XLI, 3. - Unterholzner, t. I, §. 51-55.

(11) Cost. 30, C. V. 12. - Vi sono degli autori, che non ammettono questa restrizione se non se negl'*immobili* dotali,

figli, finchè vivono sotto la patria potestà (1); le cose dei pupilli e dei minori, durante la minore età (2); finalmente le cose furtive o possedute per violenza, così lungo tempo che questo vizio inerente alla cosa (*vitium rei inahærens*) non sia stato purgato in un modo qualunque (3).

4. Infine, il proprietario della cosa debbe aver avuto la potenza di far valere i suoi diritti di proprietà (*agere non valenti non currit præscriptio*); la prescrizione non corre (*præscriptio dormit*) pel tempo così lungo in cui si trovava in una legale impossibilità (4).

§. 273. 3. *Condizioni particolari dell' usucapione ordinaria* (5). a. Res habilis.

Oltre le condizioni generali di cui abbiamo parlato, l' usucapione ordinaria esige ancora il concorso delle condizioni seguenti:

1. La cosa che si vuole acquistare per usucapione ordinaria, deve essere suscettibile di siffatta specie d' usucapione (6). Fra le cose che non lo sono, si debbono collocare i beni del fisco e il patrimonio particolare del principe (7); gl' immobili delle chiese e degli stabilimenti di beneficenza, e secondo il diritto nuovo quelli delle città (8); per diritto canonico tutte le cose della Chiesa romana senza distinzione fra mobili e immobili (9) le cose in litispendenza, intanto che il reo vuol prescriverle contro l' attore (10); le cose di cui la legge o un testamento proibisce l' alienazione (11); tutti gl' immobili che un possessore a mala fede aliena a insaputa del proprietario; perchè se questi conoscendo il suo diritto e il fatto dell' alienazione, senza protestarsi, ne permettesse la perfezione, gl' immobili anderebber soggetti, in riguardo ai terzi possessori di buona fede, all' usucapione ordinaria (12). Infine, i

---

e nell' usucapione *ordinaria*. Unterholzner, t. I, §. 80; t. II, §. 180.

(1) Cost. 1, §. 2, C. VII, 40. - Nov. 22, C. 24 in fine. - Unterholzner, t. I, §. 34-81.

(2) Cost. 3, C. VII, 35. « Non est incognitum, id temporis quod in minore ætate transmissum est, longi temporis præscriptioni non imputari; ita enim tunc currere incipit, quando ad majorem ætatem dominus rei pervenerit ». Così dal momento della maggiorità compita, le cose dei pupilli e dei minori son sottoposte all'usucapione *ordinaria*, perchè niuna legge più l'eccettua. Nullameno le opinioni sono molto varie e divise su tal rapporto. La maggior parte degli autori pretendono che le cose dei pupilli siano del tutto imprescrivibili, durante la tutela, e che quelle dei minori non possano mai acquistarsi, che per la prescrizione trigennaria. Ma la Cost. 3, C. VII, 39 che invocano, non parla in guisa alcuna dell'*usucapione*, ma della *prescrizione delle azioni*, di cui i principj e il lasso del tempo son diversissimi. - Su tal materia V. Alex. Daniel, *Comm. de usucapione et præscriptione adversus pupillos et minores*. Bonnæ, 1827. - Unterholzner, t. I, §. 35-38, e p. 533.

(3) Gajo II, 45, 49 e seg. - §. 2, 3, 4, 8. J. II, 6. - fr. 4, §. 6-28, D. XLI, 3. - Unterholzner, t. I, §. 59-71.

(4) Cost. 30 in fine, C. V, 12. - Cost. 1, §. 2, C. VII, 40. - Cost. 7, §. 4, C. VII, 39. - Cap. 14, 15, X, 2, 26. - Cpr. anco la Cost. 2, 3, C. VII, 40.

(5) Il verso seguente indica quali sono le condizioni generali e particolari dell'usucapione ordinaria:

Res habilis, titulus, possessio, tempus.

(6) Unterholzner, t. I, §. 40-47; §. 56-58.

(7) §. 9, J. II, 6. - fr. 18, D. XLI, 3. - Codice, VII, 38. - Cost. 6, C. VII, 39. - Cost. 14, C. XI, 61.

(8) Nov. 131, C. 6, paragonata colle disposizioni anteriori della Cost. 23, C. I, 2. - Nov. 9 e 111.

(9) C. 16, 17, C. 16, qu. 3. - Cap. 13, 14, 17, X, 2, 26. - Cap. 2, *De præscriptione in VIto.* (2, 13).

(10) Cost. 1, C. VII, 33. confrontata colla Cost. 9, C. VII, 39.

(11) Cost. 1, 2, C. VII, 26. - Cost. 3, §. 3, C. VI, 43. Unterholzner, t. I, §. 76.

(12) Nov. 119, C. 7. - Auth. *malæ fidei*, C. VII, 33. - Unterholzner, t. I, §. 76.

beni avventizi dei figli, alienati dal padre, cessata la paterna potestà (1), egualmente che i *lucra nuptialia* alienati dal padre o madre, e di cui la proprietà è devoluta ai figli (2). Tutte queste cose eccettuate dall'usucapione ordinaria, non possono essere acquistate che per la prescrizione straordinaria di 30 o 40 anni. (§. 264).

§. 274. b. Justus titulus.

2. La seconda condizione necessaria all'usucapione ordinaria è il *giusto titolo* (3), cioè a dire, il possessor della cosa deve averne acquistato il possesso in modo conforme al diritto, ed aver la convinzione ch'egli è realmente proprietario della cosa, come dicono i Romani, egli deve possedere *bona fide pro suo*. Il titolo non può dunque posare sopra un atto nullo e senza effetto (4). Non deve esistere errore in rapporto alla *cosa* cui il titolo si ricongiunge (5). Se l'errore posa nella persona dell'autore, bisogna esaminare se questo errore è di diritto o di fatto; il primo forma un impedimento all'usucapione, del secondo no (6). Infine se l'errore attiene alla causa del possesso, si deve distinguere; se realmente esiste un titolo, ma diverso da quello per cui crediamo possedere, in tal caso, l'usucapione non viene interrotta (7); se al contrario, non esiste alcun titolo, in tal caso, l'usucapione ordinaria non può aver luogo (8).

§. 275. c. Tempus.

3. Il possesso debbe essere continuato, in rispetto ai mobili, per tre anni, e agli immobili per dieci, allorchè le parti hanno domicilio nella provincia medesima (*inter præsentes*), e per venti allorchè dimorano in differenti provincie (*inter absentes*) (9). Ove siasi posseduto in parte fra i presenti, e in parte fra gli assenti, per potere opporre l'eccezione dei dieci anni, bisogna contare da prima gli anni di presenza, e porre insieme il tempo richiesto pel doppio numero d'anni d'assenza, di guisa che due anni fra gli assenti contino per uno fra i presenti (10).

---

(1) Perchè finchè dura la patria potestà, non possono essere in guisa alcuna prescritti; cessata la patria potestà sono soggetti alla prescrizione trigennaria.

(2) Cost. 6, §. 4, C. VI 61. - Nov. 22, C. 24.

(3) Cost. 24, C. III, 32. - Cost. 6, C. VII, 14. - Vi sono più titoli, come *titulus pro suo*, *pro emptore*, *pro herede vel pro possessore*, *pro donato*, *pro soluto*, *pro adjudicato*, *pro dote etc.* V. Dig. XLI, 4-10. - Unterholzner, t. I, §. 102-116. - Sul titolo *pro erede* in particolare, v. G. Elben, (Pr. Ed. Schrader) *Diss. de usucapione pro herede.* Tubing. 1823. - G. Franch. Hartmann, *Diss. continens observationes quasdam de titulo pro herede.* Cellis, 1823. - Peucerus, *De pro herede usucapionis natura.*

(4) Fr. 1, §. 1, D. XLI, 6. - fr. 26, pr. D. XXIV, 1. - fr. 44, D. ibid. - Se l'atto è valido, ma soltanto revocabile, la prescrizione può decorrere; fr. 13, pr.; fr. 33, Dig. XXXIX, 6.

(5) Fr. 2, §. 6, D. XLI, 4.

(6) Fr. 31, pr. D. XLI, 3. - fr. 2, §. 15, D. XLI, 4.

(7) Fr. 31, §. 6, D. XLI, 3, confrontato col fr. 36, D. XLI, 1.

(8) I Giureconsulti romani non erano d'accordo su questa questione come può vedersi nei passi seguenti: fr. 27, D. XLI; 3. - fr. 6, D. XLI, 7. - fr. 1, pr. D. XLI, 6. - fr. 2, §. 2, D. XLI, 4, e fr. 3, 5, D. XLI, 10. - fr. 48, D. XLI, 3. Ma Giustiniano ha nel §. 11, J. II, 6, confermata l'opinione negativa già avvalorata dalla Cost. 4, C. VII, 29 e Cost. 4, C. VII, 33. Ma a norma della Cost. 8, §. 1, C. VII, 39; bisogna ammettere al presente, in caso tale la prescrizione straordinaria. Unterholzner, t. I, §. 103-104.

(9) Cost. 12, C. VII, 33. - Cost. un. C. VII, 31. - Nov. 119, c. 7.

(10) Nov. 119, c. 8. - Unterholzner, t. I, §. 84.

§. 276. 4. *Dell' usucapione straordinaria di* 30 *e* 40 *anni* (1).

L' *usucapione straordinaria* ha luogo, quando le generali qualità richieste a ogni usucapione esistono (2), ma che una delle condizioni particolari dell' usucapione ordinaria viene a mancare.

Così prescrivesi per 30 anni, allorchè per le cose soggette all'usucapione ordinaria, non possiamo produrre un giusto titolo (§. 261), o allorchè, potendo giustificare il giusto titolo, la cosa appartiene alla categoria di quelle eccettuate dall' usucapione ordinaria (§. 260) (3).

Ma se queste due condizioni dell'usucapione ordinaria vengono a mancare in una volta, il diritto romano accorda ancora l' usucapione straordinaria di anni 40.

§. 277. *Del lasso del tempo richiesto pel compimento di questa usucapione.*

Per generale principio, l'usucapione straordinaria, esige un lasso di tempo di anni 30. Ma questa regola soffre eccezioni; in fatti son necessari 40 anni per prescrivere i beni del fisco e quelli del principe, gl' immobili delle Chiese, degli stabilimenti di beneficenza e delle città; il diritto canonico esige un possesso di 100 anni per prescrivere le cose della Chiesa romana. I beni delle città (4), e le cose che formano oggetto di lite interrotta, non possono esser prescritte dal reo contro l'attore che dopo 40 anni, a datare dall'ultimo atto giudiciario (5).

§. 278. 5. *Della prescrizione immemorabile.*

Noi dobbiamo parlare ancora della prescrizione immemorabile (*præscriptio immemorialis)*, specie particolare d' usucapione straordinaria, di cui si trova qualche traccia nel romano diritto (6). Essa riposa su questo principio: colui che da tempo immemorabile trovasi, senza interruzione nel possesso d' una cosa o nell' esercizio d'un diritto, viene riguardato come se avesse legalmente acquistato questa cosa o questo diritto (7). In realtà, essa altro non è che la presunzione d'un acquisto legale, e si accorda d' ordinario sussidiariamente, laddove, a causa di circostanze particolari, non si può ammettere nè l' ordinaria nè la straordinaria usucapione (8).

§. 279. 6. *Dell' acquisto dei frutti d' una cosa altrui.*

1. Il primo punto da esaminare, allorchè trattasi della proprietà dei frutti d' una cosa d' altri (9), è di sa-

(1) F. C. Pohl, *Diss. de fatis præscriptionis longissimi temporis.* Lips. 1780. - J. L. Koch. *Diss. de præscriptione longissimi temporis acquisitiva.* Wirceb. 1807.

(2) Così la buona fede è richiesta del pari, e allora il possessore acquista dopo 30, o 40 anni la proprietà della cosa, e seco lei, la *rei vindicatio.* Ma s' egli è in mala fede, non può mai *prescrivere*, vale a dire, non può acquistare nè proprietà, nè azione, e non acquista che una semplice eccezione contro l' azione del proprietario, perchè, questa s' estingue colla prescrizione. Cost. 8, §. 1, C. VII, 39, confrontata colla Cost. 3, ibid. e colla Nov. 119, c. 7. - Unterholzner, t. I, § 91; t. II, §. 178.

(3) Cost. 8, §. 1, C. VII, 39, ma specialmente la Cost. 14, C. XI, 61.

(4) Cpr. la Cost. 14, C. XI, 61.

(5) Cost. 1, C. VII, 33, confrontata colla Cost. 9, C. VII, 39.

(6) Fr. 3, §. 4, D. XLIII, 20. « Ductus aquæ, cujus origo *memoriam excessit*, jure constituti loco habetur ». Cpr. fr. 10, pr. D. VIII, 5. - fr. 2, pr. §. 8; fr. 26, D. XXXIX, 3. - fr. 28, D. XXII, 3.

(7) Cpr. cap. 26, X. 5, 40. - Cap. I, in *VIto*, 2, 13; - *Bolla d'oro*, tit. 2, §. 1. *Archivj dell' impero del* 1548, §. 56, e del 1576, §. 105.

(8) V. Unterholzner, *Della prescrizione* t. I, §. 140-150; t. II, 299, 390.

(9) Donello, *Comm. jur. civ.* lib. IV,

pere se il possessore della cosa è in diritto di perciperne i frutti.

a) In tal caso, se non ha il vero possesso della cosa principale, per esempio, l'usufruttuario e il colono, egli non acquista la proprietà dei frutti che per la percezione; deve dunque fare acquisto del possesso, che in fatto, altro non è che una tradizione di frutti per parte del proprietario della cosa e un'apprensione per parte dell'acquirente (1).

b) Ma se ha il vero possesso della cosa principale, come l' enfiteuta, acquista la proprietà dei frutti per la semplice separazione (2).

2. Se il possessore della cosa non è in diritto di perciperne i frutti, bisogna distinguer nuovamente:

a) Se è possessore a buona fede, egli acquista, per la separazione, la proprietà dei frutti; ma questa proprietà è di sua natura provvisoria (3), e gli concede, come ogni altra proprietà, il diritto di consumare i frutti (4). Così, allorquando il proprietario della cosa rivendicherà i frutti, il possessore non sarà tenuto a restituire i consumati, ma solamente gli astanti, se non ne ha acquistato la vera proprietà per usucapione (5).

b) Se al contrario, il possessore è di mala fede, egli non può acquistare alcuna proprietà sui frutti; dovrà dunque restituire tutti i frutti percetti e percipiendi (*fructus percepti et percipiendi*), e indennizzare il proprietario dei frutti consumati (6).

TITOLO TERZO

Dei diritti del Proprietario.

§. 280. a. 1. *Dei diritti del proprietario, in generale.*

La proprietà è di sua natura un diritto illimitato ed esclusivo (§. 241).

A. La prima di queste due qualità dà al proprietario d'una cosa il diritto di disporre, secondo la sua libera volontà, della sostanza della cosa, e di distruggerla eziandio. Egli ha il diritto di rinunziare alla sua proprietà, per l'interno od in parte, o a certi diritti nella proprietà contenuti, sia tra' vivi, sia a causa di morte, e di trasferirla in altri. Egli ha pure il diritto di posseder la cosa, di servirsene, di farne uso qualunque, purchè non contrario alle leggi, e sia pure

---

C. 24-26. - A. Ph. Frick, *De jure bonæ fidei possessoris circa fructus e re aliena perceptos.* Helmst. 1769. - G. A. de Wolffradt. (Præs Ge. Lud. Bœhmero), *Diss. sistens theoriam generalem de acquisitione fructuum.* Gœtt. 1783. - F. J. Arens, *Diss. de juris bonæ fidei possessori in fructus ex re aliena competentis legitimo fundamento.* Giess. 1803. - J. T. Serclaes. *Diss. an bonæ fidei possessor fructus percipiendo vel consumendo suos faciat?* In *Ann. Acad. Lovan.* 1827-29. Savigny, *Trattato del possesso*, §. 22 *a*. - Ferd. Th. Eckenberg. *Diss. de publiciana in rem actione.* Lips. 1821, P. II, p. 37-68. - T. G. Ed. Backe, *Diss. bonæ fidei possessor quemadmodum fructus suos facit.* Berol. 1825. - Warnkœnig, *Comm. jur. civ.* t. I, p. 382; si confronti colla *Thémis*, t. X, pag. 89. - Ferry, *Ibid.* p 530.

(1) §. 36, J. II, 1. - fr. 12, §. 5, D. VII, 1. - fr. 13, D. VII, 4.

(2) Fr. 25, §. 1. in fine, D. XXII, 1.

(3) Fr. 48, pr. D. XLI, 1. - fr. 48, §. 6, D. XLVII, 2. - fr. 4, §. 19, D. XLI, 3. - fr. 25, §. 1; fr. 28, D. XXII, 1. - fr. 13, D. VII, 4.

(4) §. 35, D. II, 1. - §. 2, J. IV, 17. - fr. 4, §. 2, D. X, 1. - fr. 40 in fine, D. XLI, 1.

(5) Cost. 22, C. III, 32, e i passi della nota precedente.

(6) §. 35, J. II, 1. - fr. 4, §. 19, D XLI, 3. - Cost. 22, C. III, 32.

che per ciò ne venisse danno ad altrui (1).

B. La seconda di queste qualità gli concede il diritto di escludere ogni altro dall'uso e godimento della sua cosa, quand'anche egli non risentisse pregiudizio di sorta da quest'uso e godimento (2). In oltre, egli ha il diritto di difendere la sua proprietà, ed anco la facoltà di distruggere le altrui cose, ove potessero fargli temere la perdita della propria, o danni alla medesima (3). In caso di dubbio la presunzione è sempre favorevole alla libertà della proprietà. Ma la proprietà può venir ristretta sott'uno o sott'altro rapporto, e la volontà del proprietario, e la legge, può esser causa di tal restrizione.

§. 281. b. II. *Delle restrizioni legali recate alla proprietà.*

Alle restrizioni legali della proprietà attengono, oltre le alienazioni che la legge vieta (§. 185) (4), oltre le servitù (§. 291 e n. 5) e i diritti d'ipoteca e di pegno (§. 312-314), le seguenti:

1. Il proprietario per accrescere il fondo proprio, non può recare immediatamente danno all'edifizio del suo vicino (5).

2. Deve egli osservare, facendo nuove costruzioni, certe distanze dalla proprietà del vicino (6).

3. Non può inalzare sulla sua proprietà alcun edifizio che tolga aria al suo vicino dalla corrente a lui necessaria (7).

4. Il fondo inferiore è assoggettato a ricever l'acqua piovana che scola dal fondo superiore, e il proprietario non può per costruzione di sorta, impedire lo scolo naturale di quest'acque. D'altronde al proprietario del fondo superiore, è inibito, facendo dei cambiamenti, di far cader l'acque in maggior quantità, e dar loro altro corso; il proprietario del fondo soggetto avrebbe contro lui l'azione *aquæ pluviæ arcendæ* (8).

5. Quanto agli alberi ed altre piante, il diritto romano esige che siano sempre situate a qualche distanza dal confine del fondo vicino. Se metton radice nel fondo del vicino, e cagionano danno ai suoi edificj, debbono,

---

(1) Secondo il principio generale: qui jure suo utitur neminem lædit; fr. 151, 155, §. 1, D. L, 17. - fr. 24, §. 12, D. XXXIX, 2. - fr. 9, D. VIII, 2. - V. ecc. il §. 267, *b*.

(2) Fr. 16, D. VIII, 3. - fr. 13, §. 7, D. XLVII, 10. - C. 11, C. III, 34. - C. 11, 14, C. IV, 38.

(3) Fr. 1, D. XIV, 2. - fr. 3, §. 7, D. XLVII, 9. - fr. 7, §. 4, D. XLIII, 24.

(4) Per esempio: pr. §. 2, J. II, 8. - C. un. §. 15, C. V, 13. - C. 12, 13, C. V, 71. - C. 3, §. 2, 3, C. VI, 43.

(5) Fr. 24, §. 12 in fine, D. XXXIX, 2. - Sulle costruzioni fatte per nuocere al vicino, v. il fr. 3, pr. D. L, 10.

(6) Fr. 13, D. X, 1, - fr. 14, D. VIII, 2. Cost. 9. 11, 12, §. 2, C. VIII, 10. Si contempla specialmente il caso della costruzione dello *sterculinium* o della *latrina*; fr. 17, §. 2, D. VIII, 5. - fr. 3, D. XXXIX, 3.

(7) Cost. 14, §. 1, C. III, 34. Questa legge deve intendersi egualmente in rapporto ai molini a vento, quando, per la nuova costruzione, si priva il molino del suo vento.

(8) Fr. 1, §. 1, 2, 18, 22, 23, D. XXXIX, 3. - In egual modo, non si può, anche nel proprio fondo, sulle sponde d'un fiume pubblico fabbricar cosa, che cangi il corso dell'acque in detrimento del vicino, privandolo dell'uso dell'acqua del fiume; fr. 1, §. 1-7, D. XLIII, 13. - fr. 3, §. 1, D. XLIII, 20. - fr. 1, §. 11, D. XLIII, 21. - fr. 1, §. 4, in fine, D XXXIX, 3. - fr. 17, in fine, D. VIII, 3. - Cost. 2, C. III, 35. - Cost. 4, 7, C. III, 34. Diversamente deve dirsi delle acque private e dei ruscelli. - Sul diritto dell'acque in generale, tanto *jure dominii*, quanto *jure servitutis*, v. Chr. Gottl. Biener, *Interpr. et respons.* C. 24. Lips. 1825, et in ejusd. *Opusc.* Ed. Fr. Aug. Biener. Vol. II, n. 102. - Car. Fr. Günther, *De jure aquarum*. Spec. I-IV Lips. 1829. Spec. V. Lips. 1830. - H. C. Hoffmann, *Quali fiumi sono pubblici e quali no*; nelle sue *Vers. in Bearbeitung des rœm. Rechts*. qu. 2.° p. 1-70. - C. A. Weiske, *Quæst. jur. civ.* (Zwickav. 1831), p. 49.

finchè bisogno il richiede, venir tagliate (1). Se i rami d'un albero si estendono al di sopra della proprietà del vicino, in guisa da recargli nocumento, egli ha diritto di esigere che il proprietario atterri l'albero; in caso di rifiuto può atterrarlo da se stesso, conservare il fusto, ed invocare in oltre l'interdetto *de arboribus cædendis*. Ma se i rami si estendono al di sopra del fondo del vicino, questi può esiger solamente che i rami siano tagliati fino a 15 piedi da terra *(sublucatio arborum)*; in caso di rifiuto, può tagliarli da se stesso, conservare il fusto, e invocare del pari l'interdetto *de arboribus cædendis* (2).

6. Il proprietario sul cui fondo cadono i frutti degli alberi del vicino, deve a questi intimare per tre giorni *(tertio quoque die)* di farli togliere, in mancanza di che, ha contro il proprietario l'interdetto *de glande legenda* (3).

§. 282. III. *Dei diritti dei comproprietarj.*

Allorchè più persone sono comproprietarie d'una cosa (§. 243), ciascuna di esse ha diritto ai frutti che ne provengono, in proporzione della sua parte alla proprietà della cosa medesima, e ciascuna può impiegarla all'uso cui è destinata. Ma niuno dei comproprietarj può, senza il consenso di tutti gli altri, disporre nè della cosa per intero, nè d'una parte corporale determinata di lei (4), tranne il caso in cui una simigliante disposizione sarebbe necessaria a conservarla (5), o non recherebbe agli altri il menomo pregiudizio (6). Ciascuno dei comproprietarj ha la libertà d'alienarne la sua parte intellettuale, nel modo che gli conviene e a chiunque (7). Egli ha egualmente diritto di chiedere, quando che voglia, la divisione reale della cosa. L'azione accordatagli dal diritto romano, a tale effetto, dicesi *actio communi dividundo* (8) (§. 464-467).

§. 283. IV. *Delle azioni.* A. *Della* rei vindicatio.

Il proprietario è in diritto di perseguitare in giudizio la proprietà della cosa, contro chiunque la ritenga. L'azione che a ciò gli compete dicesi *rei vindicatio*, *azione in rivendicazione* (9).

1. Ma quest'azione non appartiene che al vero proprietario della cosa (10),

---

(1) Fr. 13, D. X, 1. - fr. 6, §. 2, D. XLVII, 7. - Cost. 1, C. VIII, 1.

(2) Dig. XVIII, 27. - Paolo, *Sent. rec.* v. 6, 13. - P. C. G. Andreas, *Diss. ad tit. Dig. de arboribus cædendis*. Jenæ, 1818. - Vi sono per lo contrario molti autori, i quali pensano che il proprietario dell'albero sia obbligato di far tagliare interamente i rami che si estendono sul fondo del vicino, quando questi lo esiga, e che il resto dell'albero il quale ecceda l'altezza di 15 piedi da terra, debba esser tagliato; in tal modo solo può rimanere la parte dell'albero alta 15 piedi *(ut quindecim pedes altius a terra rami arboris circumcidantur)*. V. specialmente: Hugo, *Storia del diritto*, p. 204. - Cpr. ancora: Ad. Kirsten, *De coërcitione arborum in fundum vicinalem propendentium*. Gœtt. 1820. - Jos. Jac. Lang, *Ad. L.* 1. §. 7-9, *D. De arbor. cædendis*. Heidelb. 1823. - H. C. A. Eichstadt. *Spicilegium observationum ad tit. Dig. de arboribus cædendis*. Jenæ, 1825.

(3) Dig. XLIII, 28.

(4) Fr. 28, D. X, 3. La pluralità dei voti, dunque non decide niente. Cost. 1, 4, C. IV, 52.

(5) Fr. 52, §. 10, D. XVII, 2. - Cost. 4, D. VIII, 10.

(6) Per esempio: fr. 13, §. 1, D. VIII, 2.

(7) Cost. 3, C. IV, 52. Cpr. fr. 68, pr. D. XVII, 2. - fr. 28, D. X, 3.

(8) Dig. X, 3. - Codice, III, 37 e 38. - §. 3, J. III, 27 (28).

(9) §. 1, J. IV, 6. - Dig. VI, 1. - Codice, III, 32 e III, 19. - Donello, *Comm. jur. civ.* lib. XX, C. 1-7. - Glück, *Comm.* part. 8. §. 576-592. - Gesterding, *Della proprietà*, §. 41-50. - Schweppe, *Rœm. Privatrecht*, t. II, §. 267-275 *a*. - Puchta, *Von den Klagen*, §. 69-74.

(10) Fr. 23, pr. D. VI, 1. Poco importa

è di qui la ragione che obbliga l'attore a somministrar la prova della proprietà. S'egli pretende avere acquistata la proprietà della cosa per tradizione, egli è nell'obbligo di provare che colui il quale glie l'ha fatta, n'era proprietario (§. 255) (1). L'azione in rivendicazione non s' accorda al vero proprietario che allorquando ha perduto il possesso della cosa (2).

2. Il reo è colui che possiede la cosa e che ne contesta all' attore la proprietà, poco importa che egli ne abbia il materiale possesso, o che per diritto sia riguardato come possessore (*fictus possessor* §. 219) (3). Se il reo nega falsamente il possesso della cosa, e gli vien quindi provato, incorre nella pena di dovere abbandonare il possesso in favore dell'attore (4). Ma chi non possiede che a nome d'altri, deve, allorchè gli viene intentata contro l'azione, indicare il vero possessor della cosa affinchè l' attore possa rivolgersi contro di lui: lochè dicesi *nominatio auctoris s. laudatio domini*, e se il reo si ricusa di fare tal indicazione egli è tenuto del proprio come *fictus possessor qui liti se obtulit* (5).

3. Oggetto dell' azione può essere una cosa individuale, una università di cose composte della specie medesima, ma non tutto un patrimonio riguardato come tale, per esempio, un peculio o una eredità (6).

4. L' azione mira a far dichiarare l'attore proprietario della cosa, e condannare il reo alla restituzione con tutto ciò che le appartiene (*cum omni causa*) (7). Quanto ai frutti della cosa il possessore a mala fede dovrà restituire tutti quelli che avrà percetti, o poteva percepire, fino al momento della litis-contestazione; e da questo momento egli dovrà render conto di tutti quelli che l'attore avrebbe potuto percipere, s' egli fosse stato in possesso della cosa. Il possessore a buonafede, per lo contrario, non deve restituire i frutti percetti prima della contestazione della lite, a meno che non gli abbia consumati o prescritti (§. 266). E dal momento in cui l'azione fu intentata, egli deve render conto o indennizzare di tutti quelli da lui percetti o che poteva percipere (8).

5. D' altronde, l' attore dee soddisfare a certi obblighi di fronte al reo. Per regola generale, egli non deve, egli è vero, bonificargli il prezzo per cui ha acquistato la cosa (9). Ma se, durante il suo possesso, il reo ha fatto

---

ch' egli abbia la piena o la nuda proprietà; fr. 23, pr. ibid.

(1) A causa dei fr. 20, pr. D. XLI, 1; fr. 54, D. L, 17. - Donello, *Comm.* XX, 2.

(2) §. 2, in fine, J. IV, 6. - fr. 12, §. 1, D. XLI, 2. - Cpr. Teofilo, sul §. 2, *J. cit.* - *Cujacio. Observ.* VII, 39. - Matth. Saulling. *De interpretatione verborum in fine*, §. 2, *J. De actionibus:* sane uno casu, etc. Wirceb. 1788 - Savigny, *Trattato del possesso*, p. 88, 380, 423.

(3) Fr. 9, D. VI, 1. - Cpr fr. 27, pr. §. 3; fr. 55, ibid. - fr. 131; fr. 157, §. 1, D. L, 17. - §. 1, J. IV, 6.

(4) Fr. 80, D. VI, 1. La stessa pena incorresi per la Nov. 18, c. 10, quando il convenuto senza negare la detenzione o il possesso, sostiene solamente che la cosa non appartiene al terzo designato dall' attore, e questi prova il contrario.

(5) Cost. 2, C. III, 19, confrontata coi fr. 25; fr. 7, pr. D. VI, 1.

(6) Fr. 1, pr. §. 3; fr. 2, fr. 3, pr. §. 1; fr. 56, D. VI, 1. - Degli atti, per esempio, un testamento o una recognizione scritta possono formare oggetto d' un' azione in rivendicazione; fr. 3, D XXIX, 3.

(7) Fr. 17, §. 1; fr. 20; fr. 23, §. 2-4, D. VI, 1.

(8) Cost. 22, C. III, 32. La ragione è che il possessore di buona fede, vien riguardato, dal momento in cui l' azione è intentata, come possessore di mala fede; fr. 25, §. 7, D. V, 3. - fr. 17, §. 1; fr. 33, D. VI, 1. - §. 35, J. II, 1. - fr. 48, pr. D XLI, 1. - fr. 25, §. 1, D. XXII, 1. - fr. 4, §. 19, D. XLI, 3.

(9) Cost. 3, 23, C. III, 32. - Cost. 2, C. VI, 2. Il convenuto deve ricorrere contro il suo autore. Cost. 16, C. VIII, 45. - Cost. 1, C. III, 19. Quanto alle eccezioni a questa regola, v. la Cost. 16, C. V, 71. - fr. 6, §. 8, D. III, 5. - fr. 6, D. XLIX, 15.

delle spese sulla cosa (1), si deve esaminare la natura: se le spese sono necessarie (*impensæ necessariæ*), il reo, qualunque pur siasi, può esigerne il rimborso, e sia pur possessore a buona o a mala fede (2); se sono utili (*impensæ utiles*), il possessore di buona fede può in generale dimandarne rimborso, ma il possessore a mala fede non ha altro diritto che di ritirare che ne è provenuto; in fine, se sono voluttuose (*impensæ voluptuariæ*) non ha altro diritto che di riprenderle, ove non venga a sentirne danno la cosa principale, e allorchè il proprietario vuol risarcirla, egli non può esercitar questo diritto (3). Il reo non ha, per riprendere ciò che ha fatto di spese voluttuose, che un diritto di retenzione e non già un' azione (4).

§. 284. B. *Della* publiciana in rem actio.

Oltre l'azione di rivendicazione stabilita dal diritto civile, il diritto pretorio accorda un' altra azione, introdotta a fine di perseguitare una cosa acquistata a buona fede per tradizione; quest'azione dicesi *pubbliciana* (*publiciana in rem actio*), dal nome del pretore, che primo, l'inserì nell'Editto (5).

1. Essa fu da principio introdotta e accordata a colui, che avendo acquistato per giusta causa, il possesso proprio all'usucapione, aveva perduto questo possesso innanzi che ne fosse acquistato l'usucapione (6). Nullameno, il vero proprietario può invocarla anco quando non può recar la prova della sua proprietà, purchè la tradizione conforme al diritto sia base del suo possesso. Bisogna, perchè l' azione possa essere intentata, che la cosa sia di natura da poter essere acquistata per usucapione (7).

2. L'azione non ha luogo che contro il possessor della cosa il cui possesso non è del valore stesso di quello dell' attore; la conseguenza non può venire ammessa contro colui che possiede *ad usucapionem*, e a più forte ragione, contro il vero proprietario (8).

3. Il fine dell' azione publiciana è quello di domandare la restituzione della cosa con tutto ciò che le attiene (*cum omni causa*), ed ha gli stessi effetti della reivindicazione (9).

---

(1) Le spese fatte per i frutti, non si restituiscono al possessore, se non quando restituisca i frutti; fr. 36, §. 5, D. V, 3; - fr. 46, D. XXII, 1.

(2) Cost. 5, C. III, 32. Solamente il ladro non può domandare il rimborso; fr. 13, D. XIII, 1. - Cost. 1, C. VIII, 52.

(3) Fr. 27, §. 5; fr. 37. 38, D. VI, 1. - fr. 38, D. V, 3. - fr. 9, D. XXV, 1. - Cost. 5, C. III, 32.

(4) Fr. 23, §. 4; fr. 27, §. 5; fr. 48, D. VI, 1. - fr 4, § 9; fr. 24, D. XLIV, 4. - fr. 14, §. 1, D. X, 3. - fr. 33, D. XII, 6.

(5) §. 4, J. IV, 6. - Dig. VI, 2. - Donello, *Comm. jur civ.* lib. XX, C. 8. - Glück, *Comm.* parte 8. §. 593-599. - Schœmau, *Manuale di diritto civile*, t. II, p. 47. - Gesterding, *Della proprietà*, §. 51-57. - Jul. Fr. Schnaubert, *Diss. sistens observ. ad L. 1, pr. D. de publiciana in rem actione*; *in Ann. Acad.* Lugd.-Bat. 1816. - J. F. Schollært, *De publiciana in rem actione.* Lovan. 1820. - J. Teofilo, Eckenberg, *Diss. de publiciana actione.* Lips. 1821. - C. Jul. Guyet, *De publiciana in rem actione.* Heidelb. 1823. - Puchta, *Delle azioni*, §. 75.

(6) Gajo, IV, 36. - §. 4, J. IV, 6. - fr. 1, pr. D. VI, 2: « Ait prætor: si quis id, quod traditur ex justa causa (,) non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo ». Cpr. fr. 3, §. 1; fr. 4; fr. 5; fr. 7, §. 16, 17; fr. 13, pr. D. ibid.

(7) Fr. 9, §. 5, D. VI, 2: « Hæc actio in his quæ usucapi non possunt, puta furtivis, vel in servo fugitivo, locum non habent ». Cpr. col fr. 12, §. 2, D. ibid. In vectigalibus et aliis prædiis quæ usucapi non possunt, publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt ». Vinnius, *Select. quæst.* lib. I, c. 27.

(8) Fr. 16, 17, D. VI, 2, e fr. 1, pr. D. ibid., col Codice fiorentino, non si pone la virgola dopo *domino*, ma dopo *causa*.

(9) Fr. 7, §. 8, D. VI, 2.

§. 285. c. *Dell'eccezione rei venditæ et traditæ.*

Un'eccezione rimarchevolissima, che in diritto romano il reo può opporre all' attore rivendicante tanto per la *rei vindicatio* che per la *publiciana in rem actio*, è l'*exceptio rei venditæ et traditæ* (1).

1. Questa eccezione ha per base la seguente regola generale: *quem de evictione tenet actio*, *eum agentem repellit exceptio;* è per questa ragione che essa presentasi come un *exceptio doli* (2).

2. Si accorda al reo in tutti i casi in cui ha ricevuto la cosa per atto obbligatorio per l'attore (3).

3. Ma suppone sempre un atto valevole e obbligatorio, perchè altrimenti l' attore potrebbe respingerla per la *replica doli* (4).

4. Infine, si trasmette attivamente e passivamente, non solo agli eredi, ma anco ai successori a titolo particolare della persona per cui e contro cui è stata data in principio (5).

TITOLO QUARTO

Come si perde la proprietà.

§. 286. I. *Per la volontà del proprietario.*

Cessa la proprietà per volontà del proprietario, allorchè egli abbandona la cosa senza trasferirla in altri (6), o allorchè ne trasferisce in altri la proprietà (7).

§. 287. II. *Contro la volontà del proprietario.*

La proprietà finisce contro la volontà del proprietario, allorchè la cosa perisce o cessa d'essere in commercio (8); allorchè un altro l' acquista contro la volontà del proprietario, per specificazione, accessione, aggiudicazione o usucapione; allorchè l'animale selvatico, stato preso, ricupera la sua libertà, o quando l'animale addomesticato perde l' abitudine del ritorno (9). Allorchè il nemico ha ritolta la preda su lui fatta (10). Ma la proprietà non si estingue per la morte del proprietario; essa trasmettesi solamente ai suoi eredi.

---

(1) Dig. XXI, 3. - Glück, *Comm.* parte 2.a §. 1128. - T. C. F. Van Ertryck, *De exceptione rei venditæ*, Lovan. 1824. Gr. G. Albert, *Observat., quædam de exceptione rei venditæ et traditæ.* A. Gœtt. 1824. - A. L. I. Michelsen, *Diss. de exceptione rei venditæ et traditæ.* Berol. et Heidelb. 1825.

(2) Fr. 17, D. XXI, 2. - Cost. 11, C. VIII, 45.

(3) Per esempio, fr. 1, D. XXI, 3. - fr. 17, D. XXI, 2. - fr. 72, D. VI, 1. - Cost. 14, C. III, 32. - Cost. 14, C. VIII, 45.

(4) Fr. 32, §. 2, D. XVI, 1. - fr. 7, § 6 in fine, D. XLI, 4. - Cost. 16, C. V, 71.

(5) Fr. 1, §. 2; fr. 3, D. XXI, 3. - Cost. 14, C. III, 32.

(6) §. 47, J. II, 1. - fr. 2, §. 1, D. XLI, 7. - fr. 17, §. 1, D. XLI, 1.

(7) Fr. 31, pr. D. XLI, 1. - Cost. 20, C. II, 3.

(8) Fr. 23, D. VII, 4. - fr. 1, §. 5, 7, D. XLIII, 12.

(9) §. 12, 15, J. II, 1. - fr. 4; fr. 5, §. 5, D. XLI, 1. Questa regola non s' applica agli animali domestici; fr. 5, §. 6, D. ibid.

(10) §. 17, J. II, 1. - fr. 5, §. 1; fr. 19, pr.; fr. 30, D. XLIX, 15.

CAPITOLO TERZO

Della Servitù (1).

TITOLO PRIMO

Nozione e principj generali sulle servitù.

§. 288. I. *Della libertà della proprietà d'una cosa.*

La libertà della proprietà d' una cosa (*libertas rei*) consiste nel godimento, senza restrizione di sorta, della proprietà di lei, e nell' esercizio di tutti i diritti, che la natura legale della proprieta seco trae. Questa libertà si manifesta, noi l' abbiamo veduto (§. 267), in due differenti modi:

1. Infatti, d' una parte il proprietario può *fare* tutto ciò cui lo autorizzano i suoi diritti di proprietà, e in generale, senza aver riguardo se altri ne senta danno o inconvenienti (2).

2. Dall'altra parte egli non dee *soffrire* ch'altri si serva d'una sua cosa o ne risenta vantaggio, quand' anche non glie ne venisse pregiudizio (3). Tostochè la libertà della proprietà d'una cosa è ristretta, sott'uno o sott'altro rapporto, per un diritto attenente ad altra persona che al proprietario, questa cosa si dice che *serve (res servit)* (4).

§. 289. II. *Della servitù d'una cosa.*

La libertà naturale della proprietà di una cosa, ristretta per diritti particolari distratti dalla proprietà e concessi ad altra persona, forma *la servitù della cosa (servitus rei)*. Questi diritti consistono in ciò che il proprietario della cosa è tenuto, in favore di colui al quale sono essi concessi, a *non fare* o *soffrire* una cosa che gli sarebbe in diritto di fare, o che, come proprietario non dovrebbe soffrire. Si dicono del pari *servitù (servitutes)* i diritti fondati sulla servitù d'una cosa, e tale è l' accettazione ordinaria della parola (5).

---

(1) Fonti; Gajo, II, 28-33. - Ist. II, 3-5. Dig. VII e VIII. - Codice III, 33, 34.
Bibliografia: Donello, *Comm. jur civ.* IX, 21, 22; X; XI. - Edm. Merillius, *Commentar. in tit. Dig. de servitutibus*; in Ottonis *Thes.* III, p. 613. - Janus Acosta, *Comm. præl. ad tit. Dig. de servitutib.* in Meermani *Thes.* I, pag. 697. - Jo. d'Avezan, *Servitut. lib.* Aurel. 1650, et in Meerm. *Thes.* IV, pag. 119. - Ern. Christ. Westphal, *De libertate et servitutibus prædiorum.* Lips. 1773. - K. S. Zachariæ, *Wissenst chaftliche Entwickelung der Lehre des ræm. Rechts von den dinglichen Servituten*; nel *Mag. civ.* d'Hugo, t. II, n. 15. - C. E. Münter, *Des servitutes.* Part. 2. Hanovre, 1806, 1810. - Glück. *Comm.* Part. 9, 10, fino al §. 696.

(2) Fr. 151, 155, §. 1, D. L, 17. - fr. 24, §. 12, D. XXIX, 1. - fr. 9, 14, D. VIII, 2.

(3) Fr. 13, §. 7, D. XLVII, 10. - fr. 16, D. VIII, 3. - Cost. 11, C. III, 34.

(4) Fr. 5, §. 9, D. XXXIX: « Cum quis jus suum diminuit, alterius auxit, hoc est si servitutem ædibus suis imposuit ». - Una cosa libera da qualunque servitù dicesi *res optima maxima*; fr. 90, 169, D. L, 16. - Cic. *De leg. agrar.* III, 2.

(5) §. 3. J. II, 2. - Ist. II, 3, sull' idea che il diritto romano annette in generale a *Servitus et jus in re aliena*, v. Savigny, *Trattato del possesso*, pag. 97,

§. 290. III. *Principj generali sulle servitù.*

I seguenti generali principii derivano dalla nozione della servitù in generale:

1. La servitù, diritto staccato dalla proprietà della cosa, non può esistere che *sulla cosa corporale altrui;* quindi le regole del diritto romano: *res sua nemini servit* (1), cioè, che niuno può fondar servitù sulla propria cosa; *et servitus servitutis esse non potest* (2), lochè vuol dire che la servitù dovendo esercitarsi sopra una cosa *corporea*, non può aver per oggetto un'altra servitù, cosa *incorporale.*

2. La servitù consiste, per parte del proprietario, *in non fare (in non faciendo;* al presente *servitus negativa)*, o in *soffrire* qualche cosa *(in patiendo)*, al presente *servitus affirmativa;* essa non può mai consistere in *un fatto (in faciendo)* che il proprietario debba prestare a favore di colui al quale è dovuta la servitù. Il proprietario della cosa può, invero, obbligarsi a un fatto relativo alla cosa, in pro del suo vicino, ma in tal caso non concederebbe diritto alcuno sulla cosa, solo avrebbe un rapporto d'obbligazione (3).

3. La servitù dee procurare un vantaggio alla cosa o alla persona che vi ha diritto (4).

4. Dà vita a un diritto reale sulla cosa che serve, e può essere esercitato contro ogni possessore di questa cosa (5).

5. Nel dubbio, una cosa non si presume mai gravata di servitù (6); la sua costituzione deve sempre essere strettamente interpretata, e il di lei esercizio deve essere posto in uso in modo prescritto, e generalmente il meno oneroso pel proprietario (7).

6. Chi realmente è proprietario della cosa, o che ne ha il *dominium utile*, come l'enfiteuta e il superficiario, può solo gravarla di servitù (8).

TITOLO SECONDO

Delle diverse specie di servitù.

§. 291. *Della divisione delle servitù in generale.*

Le servitù, in rapporto al soggetto in cui vantaggio sono stabilite, si dividono:

1. In *servitù personali, servitutes personarum s. nominum* o *servitutes personales* (9) costituite in pro d'una persona determinata, per la di cui morte si estinguono (10).

2. In *servitù reali, jura s. servi-*

---

della trad. Unterholzner, *Della prescrizione*, t. II, p. 191.

(1) Fr. 5, pr. D. VII, 6. - fr. 24, D. VIII, 2. - fr. 78, pr. D. XXIII, 3. - Ma uno dei comproprietarj può avere una servitù sulla cosa comune; fr. 10, D. VII, 9. - fr. 8; fr. 27, pr.; fr. 40, D. VIII, 2.

(2) Fr. 1, D. XXXIII, 2. - fr. 33, §. 1, D. VIII, 3.

(3) Fr. 15, §. 1, D. VIII, 1: « Servitutum non ea natura est, *ut aliquid faciat quis* (veluti viridaria tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc ut in suo pingat). *Sed ut aliquid patiatur, aut non faciat* »; fr. 6, §. 2. D. VIII, 5. - fr. 81, §. 1, D. XVIII, 1.

(4) Fr. 15, pr. D. VIII, 1. - Il fr. 19, D. ibidem non è contrario.

(5) Fr. 20, §. 1, D. XLI, 1. - fr. 5, §. 9, D. XXXIX, 1.

(6) Fr. 13, §. 1, D. VIII, 4. - Cost. 9, C. III, 34.

(7) Fr. 20, §. 5, D. VIII, 2. - fr. 4, §. 1, 2; fr. 5, §. 1, D. VIII, 1. - fr. 24; fr. 33, §. 1, D. VIII, 3.

(8) Fr. 2, D. VIII, 1. - fr. 1, pr. D. VII, 4. - fr. 1, § 9, D. XLIII, 18. V. il §. 291, a, b.

(9) Fr. 1, §. 15, D. III, 1. - fr. 8, §. 3, D. XXXIV, 3.

(10) §. 3, J. II, 4. - pr. J. II, 5. - fr. 3, §. 3, D. VII, 4.

tutes prædiorum s. rerum (1), o semplicemente *servitutes* (2), costituite a vantaggio d' un fondo, che è considerato allora come il soggetto cui la servitù appartiene, e ogni possessore del fondo può esercitarle.

§. 292. I. *Delle servitù personali.*

Le servitù personali rivestono tutte un carattere comune, che le qualifica come diritti essenzialmente personali, per cui non possono disgiungersi dalla persona che vi ha diritto (3), e colla sua morte s'estinguono (4), a meno che non siano state espressamente concesse anco agli eredi (5). Il diritto romano colloca fra le servitù personali, l'*usufrutto (ususfructus)* e l'*uso* della cosa altrui (*usus*); il *diritto d'abitazione (habitatio)* nell' altrui casa, l'*opere dei servi* e *degli animali d'altri* (*operæ servorum et animalium*).

§. 293. A. *Dell' usufrutto.*
1. *Nozione dell' usufrutto.*

L'usufrutto *(usufructus)* (6) è un diritto reale sopra una cosa di cui la proprietà appartiene ad un altro, e in forza del quale abbiamo il diritto di percipere tutti i frutti della cosa, e in generale di servircene e d' usarne, coll' obbligo però di conservarne la sostanza (7). Colui che ha il diritto d' usufrutto dicesi *fructuarius* o *usufructuarius*, *usufruttuario*; il proprietario della cosa, che non ne ritiene che la nuda proprietà (§. 241) (8), si appella *proprietarius*, *s. dominus proprietatis*, e la cosa, *res fructuaria*.

§. 294. 2. *Dell' oggetto dell' usufrutto.*

L'usufrutto che non dà alcun diritto a disporre della sostanza della cosa, e conseguentemente a consumarla, non può aver per oggetto che una cosa corporale, che non si consuma coll' uso, e che può quindi esser mobile o immobile (9). Così era nell' antico diritto romano, ma in seguito, per analogia, venne ammesso un usufrutto sulle cose, che si consuman per uso; la distinzione quindi fra il *vero usufrutto* (*verus ususfructus*) e il *quasi usufrutto* (*quasi ususfructus*) (10). Infine, l'idea d' usufrutto fu estesa all'uso d' un intero patrimonio o di una porzione di lui (*ususfructus omnium s. partis bonorum*). In caso tale, si esercita, dedotti i debiti, su tutte le parti individue del patrimonio, e deve essere considerato come vero usufrutto, quanto alle cose corporee e che non si consumano, e

---

(1) §. 3, J. II, 3. - fr. 1, D. VIII, 4. - fr. 1, D. VIII, 1.

(2) Per esempio, al Digesto, la rubrica: *De servitutibus*, VIII, 1, e in generale in tutto questo titolo, egualmente che in ogni luogo in cui l' espressione *servitus* si presenta sola senz' altra denominazione

(3) § 3, J. II, 4. - fr. 66, D. XXIII, 3. - fr. 15, D. X, 2. - fr. 37, D. VIII, 3.

(4) §. 3, J. II, 4. - pr. J. II, 5. - fr. 3, §. 3, D. VII, 4. - Cost. 3, pr. 12, pr. 14, C. III, 33.

(5) In questo caso parimente, la servitù si estingue per la morte di colui al quale fu concessa, ma rivive nella persona del suo erede; fr. 37, §. 12, D. XLV, 1.

(6) Ist. II, 4. - Dig. VII, 1. - Codice, III, 33. - Paolo, III, 6, §. 17-26. - *Fragm. vatic.* tit. *De usufructu*. - Ger. Noodt, *De usufructu*; in *Opp.* t. I. - Galvanus, *De usufructu*, Genev. 1676. Ed. nov. Tubing. 1788. - Donello, *Comm. jur. civ.* lib. X.

(7) Pr. J. II, 4. - fr. 1, D. VII, 1. - Bisogna guardarsi dal confondere l'*usufrutto* o il *diritto di usare e di godere della cosa altrui (re aliena)* col diritto del godimento nel proprietario (§. 267); questo diritto non veniva mai detto dai Romani usufrutto, e il fr. 5, pr. D. VII, 6; fr. 78, pr. D. XXIII, 3, dicono espressamente che il proprietario d' una cosa non può averne l' *usufrutto*; *nulli enim res sua servit* (§. 276).

(8) §. 1, J. II, 4.

(9) Pr. §. 1, J. II, 4. - fr. 2, D. VII, 1.

(10) §. 2, J. II, 4. - Dig. VII, 5. V. più sotto il §. 282.

come quasi usufrutto, quanto a tutti gli altri elementi del patrimonio (1).

§. 295. 3. *Dei diritti e obbligazioni dell' usufruttuario.*

A. I diritti del vero usufruttuario sono i seguenti:

1. Egli può impiegare la cosa nell'uso, cui è destinata, e goderne salva sempre la sostanza di lei, e senza limitarsi ai suoi personali bisogni (2). Egli ha per conseguenza il diritto di percipere tutti i frutti pendenti (3), dal momento in cui l'usufrutto incomincia, e tutti quelli che nascono finchè ha vita (4); ma non ne acquista la proprietà che dopo averli percetti, e in conseguenza, tutti quelli, che al finire dell' usufrutto non sono stati percetti, non appartengono ai suoi eredi; spettano al proprietario della cosa (5).

Egli esercita tutte le servitù, che appartengono alla cosa (6).

3. Può cedere l'esercizio dell'usufrutto ad un altro; sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito (7), ma il diritto d'usufrutto è inseparabile dalla sua persona; egli può restituirlo al proprietario, ma non mai trasferirlo in un terzo (8).

B. Le obbligazioni dell'usufruttuario sono:

1. Sopportare tutti gli aggravj e imposizioni posanti sulla cosa (9).

2. Usar della cosa da buon padre di famiglia e conservarla in buono stato. Egli è obbligato di fronte al proprietario di riparare tutti i danni cagionati (10). Può, rilasciando l'usufrutto, esser liberato dalle imposizioni, dalle spese di restauri e di conservazione (11).

3. Deve rendere al termine dell'usufrutto, la cosa al proprietario.

4. Infine, è obbligato di prestare al proprietario, dal principio dell'usufrutto, una cauzione o pegno (al presente: *cautio usufructuaria*) (12). In-

(1) Fr. 24, pr.; fr. 37; fr. 43, D. XXXIII, 2. - fr. 39, §. 1, D. L, 16. - Cost. 1, C. III, 33.

(2) Il diritto romano contiene su tal proposito, un gran numero di disposizioni particolari. V. per esempio: §. 37, J. II, 1. - fr. 9, §. 7; fr. 10; fr. 12, pr.; fr. 13, §. 5; fr. 18, D. VII, 1.

(3) Fr. 27, pr. D. VII, 1.

(4) Fr. 59, § 1, ibid. - fr. 25, §. 1, D. XXII, 1.

(5) §. 36, J. II, 1. - fr. 13, D. VII, 4. - fr. 12, §. 5, D. VII, 1. - fr. 25, §. 1, D. XXII, 1. - fr. 8, D. XXXIII, 1. - V. il §. 154, nota 3, e specialmente, il §. 266; per i *frutti civili*, v. il fr. 58, pr. D. VII, 1.

(6) Fr. 1, pr.; fr. 5, §. 1, D. VII, 6, confrontato col fr. 1, §. 20; fr. 2, D. XXXIX, 1. - fr. 1, §. 4, D. XLIII, 25.

(7) Fr. 12, § 2, D. ibid. confrontato coi fr. 38, 39, 67, D. ibid. - Cost. 13, C. III, 38. L'usufrutto può anche essere ipotecato; fr. 11, §. 2, D. XX, 1.

(8) Paolo, *Sent. rec.* III, 6, 32. - Gajo, II, 30. - §. 3, J. II, 4. - Teof. *ad h. l.* e la glossa di Torino su questo passo (nel Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, t. III, p. 681). Secondo Gajo e le Istitute, la cessione dell'usufrutto fatta a un terzo è un atto nullo e senza effetto, quindi, giusta il parere di Gajo, non ne nasce pel cedente alcuna conseguenza dannosa *(jus suum retinet)*. Il fr. 66, D. XXIII, 3. non è contrario, abbenchè dice: *sed ad dominum proprietatis reversum usumfructum*; perchè queste espressioni non sono generali, ma solo si estendono al caso particolare di cui parla il passo delle Pandette. - L. H. Siertsema, *De effectu cessionis ususfructus factæ extraneo*. Grœning. 1807. - Glück, *Comm.* part. 9.a p. 223, e seg.

(9) Fr. 10, D. L. 17. - fr. 7, § 2; fr. 27, §. 3; fr. 52, D. VII, 1.

(10) Fr. 1, §. 3, 7; fr. 2, D. VII, 9. - fr. 9, pr.; fr. 13, §. 2; fr. 15, §. 3; fr. 65, pr.; fr. 60, D. VII, 1. - §. 38, J. II, 1. Egli non è in modo alcuno responsabile della loro deteriorazione, se ne ha fatto un buon uso; fr. 9, §. 3, D. VII, 9. - G. Gastendyk, *Diss. de juribus et obligationibus usufructuarii, circa refectionem ædificiorum.* Gœtt. 1792.

(11) Fr. 48, pr.; fr. 64; fr. 65, pr. D. VII, 1. - J. Ed. von der Becke, *Observ. de jur. et oblig. usufructuarii usumfructum derelinquentis ad ll.* 64, e 65, pr. D. De usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. Lips. 1825.

(12) D. VII, 9. - L'obbligazione di prestar cauzione è stata estesa anco al-

nanzi la costituzione della cauzione, il proprietario non è obbligato di dare all'usufruttuario il possesso della cosa, e se l'ha di già messo in possesso, può agergli contro per la cauzione (1).

§. 296. 4. *Dei diritti ed obbligazioni del quasi usufruttuario.*

Il quasi-usufrutto, che comprende in particolare l' *ususfructus quantitatis*, rende, parlando propriamente, l'usufruttuario proprietario della cosa, donandogli il diritto di consumarla. Ma al termine dell'usufrutto, egli è in obbligo di restituire una quantità eguale a quella ricevuta, o cose della medesima specie e qualità o loro valore, e di dar cauzione per assicurarne la restituzione (2). Quanto all'usufrutto del *vestiario*, deve, nel dubbio, considerarsi come un vero usufrutto, se non è stato espressamente costituito come un usufrutto di quantità (3). L'*ususfructus pecuniæ s. nominis*, è talvolta un vero usufrutto, tal altra un quasi usufrutto, secondo i termini della sua costituzione (4).

§. 297. B. *Dell'uso.*

Il *diritto d'uso (usus)* (5) è una servitù personale, che ne dà il diritto di fare della cosa altrui ogni uso e destinazione, che la cosa permette, e senza riguardo ai nostri bisogni e a quelli di nostra famiglia. L'uso adunque non dà per se stesso alcun diritto ai *frutti*, ma solo il diritto d'*usar* della cosa. Tuttavolta se l'uso fosse di natura da non potersi esercitare, in tutto o in parte, senza il godimento dei frutti, l'usuario ha diritto a una porzione di frutti in correspettività dei suoi bisogni (6). Del resto egli non può cedere ad altri per intero ed esclusivamente; l'esercizio del suo diritto (7).

§. 298. C. *Dell'abitazione.*

Il *diritto d'abitazione (habitatio)* (8), o il diritto d'abitare gratuitamente nella casa d'altri, era presso i Romani quasi la cosa stessa che *ususfructus* o *usus ædium* (9), ma pare che non si giovassero dell'espressione

---

l'uso. - Il proprietario può dispensare dalla cauzione, ma diversamente procede nel testatore che lascia a qualcuno un usufrutto. Cost. 1, III, 33. - Cost. 7, C. VI, 54. - Cpr. fr. 10, D. VII, 5.

(1) Fr. 13, pr. D. VII, 1. - fr. 7, pr. D. VII, 9.

(2) Fr. 7, D. VII, 5. Cpr. §. 2, J. II, 4. - fr. 5, §. 1, D. VII, 5.

(3) Fr. 15, §. 4, D. VII, 1. - §. 2, J. II, 4, e la glossa *ad. h. l.* fr. 9, §. 3, D. VII, 9. - Donello, lib. X, c. 4. Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* §. 289. Vi sono molti autori d'opinione precisamente opposta, come: A. F. Schoot, *De usufr. vestimentorum*; in *Opusc. jur.* Lips. 1770, pag. 164. - Thibaut, *System.* §. 610. - Wilhelm, *De usufr. vestimentorum*; *Grœn.* 1801. - Glück, *Comm.* tom. IX, §. 643, 644.

(4) Fr. 3, 4, D. VII, 5. - Cost. 1, C. III, 33.

(5) Ist. II, 5. - Dig. VII, 8. - XXXIII, 2.

(6) I passi seguenti serviranno a spiegare la nozione del diritto d'uso: fr. 2, pr. D. VII, 8. « cui usus relictus est, *uti potest, frui non potest.* Et de singulis videndum ». Segue una serie di esempj che indicano qual diritto ha l'usuario; ove abbia l'uso di una casa, d'una campagna, di bovi, di cavalli, di pecore, ecc., per esempio, fr. 12, §. 2, D. ibid. Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis: ad stercorandum usurum duntaxat, Labeo ait: sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum: *hæc enim magis in fructu esse.* Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum, §. 3. Sed si bonorum armenti usus relinquatur, omnem usum habebit, et ad arandum et ad cætera, ad quæ boves apti sunt ». Spesso l'uso dà diritti quanto l'usufrutto; per esempio: fr. 22, pr. D. ibid.

(7) §. 1, J. II, 5. Cpr. fr. 2, § 1; fr. 3; fr. 4; fr. 8, pr. D. VII, 8.

(8) Ist. II, 5. - Dig. VII, 8. - Codice, III, 33.

(9) Fr. 10, pr. D. VII, 8.

habitatio o *usus ædium habitandi causa*, che per l'abitazione data per elemosina a un bisognoso (1).

Era questa la ragione che autorizzava l'abitante a cedere ad un altro non gratuitamente, ma previa indennità. l'esercizio del suo diritto (2), e per cui il diritto d'abitazione a differenza dell'usufrutto e dell'uso, non si perdeva per la diminuzione di capo (3). Questo diritto aveva ancora di particolare, che nel caso in cui fosse stato concesso per donazione tra vivi, poteva esser rivocato dagli eredi del donante (4).

§. 299. D. *Dell'opera dei servi.*

L'*operæ servorum et animalium* consistevano, presso i Romani, nel diritto di ritrarre dall'opera dei servi od animali altrui, ogni uso cui potevansi impiegare, secondo la lor qualità e particolare destinazione (5). Questo diritto, egualmente che il diritto d'abitazione non perdevasi per la capitis diminuzione. Il legato d'opere (*legatum operarum*) differiva del pari dai legati d'altre servitù personali, in quanto era trasmissibile agli eredi del legatario al giunger del giorno in cui era acquisito il diritto al legato (*dies legati cedit*). Ma perchè siffatta trasmissione avesse luogo, bisognava che il legatario, non ne avesse ancora goduto, o che un terzo non avesse ancora usucapito lo schiavo o l'animale (6).

§. 300. II. *Delle servitù reali* (7).
A. *Nozione.*

Una *servitù reale*, è un diritto costituito in favore d'un'eredità, sopra un'altra eredità, diritto che può esser esercitato da qualunque possessore della prima, contro ogni possessore del fondo serviente (8). Esiston dunque sempre due fondi appartenenti a diversi proprietarj, uno dei quali è gravato della servitù (*quod servitutem debet, prædium serviens s. fundus servus*) (9), costituita a vantaggio dell'altro (*cui servitus debetur*); detto oggi *prædium dominans* (10). I due fondi debbono esser vicini, cioè non debbono esser distanti troppo l'uno dall'altro, e la loro natural posizione deve render possibile l'esercizio della servitù (11).

§. 301. B. *Principj generali sulle servitù reali.*

Le servitù reali sono basate sugli appresso principj:

1. La servitù deve essere di natura tale da procacciar vantaggio al fondo dominante, in guisa da accrescere il valore, o per lo meno renderlo più dilettevole (12).
2. La causa della servitù deve es-

---

(1) Hugo, *Storia del diritto*, p. 508, è di contraria opinione.

(2) §. 5, J. II. 5. - Cost. 13, C. III, 33. - fr. 10, D. VII, 8.

(3) Fr. 10, D. IV, 5, confrontato col §. 3, J. II, 4, e il pr. J. II, 5.

(4) Fr. 27, 32, D. XXXIX, 5.

(5) Dig. VII, 7, e XXXIII, 2. - fr. 6, pr. D. VII, 7.

(6) Fr. 2, D. VII, 7. - fr. 2, D. XXXIII, 2.

(7) Ist. II, 3. - Dig. VIII, 1-6. - Codice, III, 34. - Cujacio, *Recit. ad Dig.* lib. VIII, tit. 1-6 (in *Operib.* t. VII). - Donello *Comm. jur. civ.* lib. XI, cap. 1-8, 13, 14. - J. C Van Alderwerell, *De servitutibus realibus.* Lugd.-Bat. 1809. - H. C. Stever, *De servit. prædiorum*, pars prior. Rostoch. 1817.

(8) Fr. 12, D. VIII, 4. - Cost. 3, C. III, 34.

(9) Fr. 1, §. 1, D. VIII, 4. - §. 3, J. II, 3. - fr. 14, §. 3, D. XXXIV, 1. - fr. 5, D. VIII, 3. - fr. 9, D. VIII, 1. - fr. 14, D. VIII, 2. - fr. 23, §. 2, D. VIII, 3. - fr. 20, §. 1. D. XLI, 1.

(10) Fr. 23, §. 2, 3, D. VIII, 3. - fr. 5. §. 9, in fine, D. XXXIX, 1.

(11) Fr. 5, §. 1; fr. 7, §. 1, D. VIII, 3. - fr. 38, D. VIII, 2. - fr. 7, §. 1, D. VIII, 4. - fr. 5, D. VIII, 5.

(12) Fr. 15, pr. D. VIII, 1. - fr. 3, pr. D. XLIII, 20. - fr. 86, D. L, 16. Da questo principio derivano due conseguenze:

ser perpetua (*causa perpetua*), cioè la posizione naturale del fondo serviente deve costantemente esser tale da procurare al fondo dominante il vantaggio che la servitù ha in suo pro stabilito, senza che il proprietario del fondo serviente sia astretto a prestare alcun fatto (1).

3. La servitù è considerata come un' attenenza del fondo dominante; essa non può dunque, senza lui, nè alienarsi, nè ipotecarsi, nè darsi a fitto, nè trasmettersi ad altro fondo (2).

4. Le servitù reali sono indivisibili; non si può dunque nè acquistarle, nè esercitarle, nè perderle in parte (3).

5. La servitù reale costituita puramente e semplicemente, s'esercita, per regola generale su tutto il fondo serviente (4); il suo esercizio deve però limitarsi ai bisogni del fondo dominante (5). Si può nullameno, per convenzione particolare, limitare il tempo e il luogo, egualmente che l'esercizio della servitù; il suo principio e la sua fine possono del pari subordinarsi a condizione (6).

6. Ogni possessore del fondo dominante può, in generale, esercitare le servitù reali, tranne quando siano state concesse al primo acquirente del fondo, espressamente per lui solo; ma in tal caso, diventano servitù personali e non possono esercitarsi che giusta i bisogni del fondo serviente (7).

7. Quegli che ha diritto d'esercitare una servitù può dar luogo ancora a tutto ciò senza cui, l'esercizio del suo diritto diverrebbe impossibile (8); egli però non può esigere che il fondo serviente sia migliorato dal proprietario; i restauri necessarj all'esercizio delle servitù vanno a carico del proprietario del fondo dominante (9).

8. Tutte le servitù reali appartengono al fondo dominantè in se stesso, e non unicamente alla superficie di lui, cioè a dire a quanto si trova al di sopra del fondo, quando pure esse non servissero che al profitto della

---

1. Poco importa che la servitù procuri un vantaggio *personale* al proprietario del fondo; - fr. 19, D. VIII, 1. « Ei fundo, quem qui vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quædam enim habere possumus, quamvis ea *nobis* utilia non sunt ». - Th. H. F. Gædke *Diss. an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit? ad L. L.* 15, *et* 19, *D. De serv.* Rostoch. 1826, dà una spiegazione diversa a questo passo.

2. Un diritto concesso sul fondo altrui, che non procura che un piacere o un utilità *personale*, non è una servitù reale, fr. 8, pr. D. VIII, 1. « Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut cœnare in alieno possimus servitus (sc. prædis) imponi non potest.

(1) Fr. 28, D. VIII, 2. - fr. 23, §. 1, D. VIII, 3. - fr. 2, D. VIII, 4. - fr. 1, §. 4, D. XLIII, 22. - Heineccius, *Diss. de causa servitutum perpetua*; in *Oper.* tom. III, pag. 177. - Cpr. anco il fr. 3, D. VIII, 3.

(2) Fr. 16, D. VIII, 1. - fr. 44, D. XIX, 2. - fr. 33, §. 1, D. VIII, 3. - fr. 11, §. 3; fr. 12, D. XX, 1. Cpr. più sotto il §. 305.

(3) Fr. 11, 17, D. VIII, 1. - fr. 18; fr. 32, D. VIII, 3. - fr. 6, pr. D. VIII, 6. - fr. 5, D. VII, 1. - Sulle conseguenze e restrizioni di questa regola, v. fr. 23, §. 3; fr. 25, D. VIII, 3. - fr. 140, §. 2, D. XLV, 1.

(4) Fr. 21, D. VIII, 3. - fr. 9, D. VIII, 1.

(5) Fr. 5, §. 1, in fine, D. VIII, 3. - fr. 9, D. VIII, 1.

(6) Fr. 4, pr. §. 1, 2; fr. 6, D. VIII, 1. - fr. 13, §. 1, D. VIII, 3.

(7) Fr. 4; fr. 6, pr.; 37, D. VIII, 3. - fr. 14, §. 3, D. XXXIV, 1.

(8) Fr. 10, D. VIII, 1. - fr. 20, §. 1, D. VIII, 2. - fr. 3, §. 3, D. VIII, 3.

(9) Fr. 6, §. 2, D. VIII, 5. - Arg. fr. 15, §. 1, D. VIII, 1. - fr. 81, §. 1, D. XVIII, 1. - J. T. Richter, *Diss. de dominio serviente ad prædii servientis refectionem obligato.* Lips. 1733. - Il contrario avviene per eccezione, nella servitù *oneris ferendi*; fr. 6, §. 2; fr. 8, pr. §. 2, D. VIII, 5. - fr. 33, D. VIII, 2.

superficie. Del pari, il fondo serviente e non la superficie di lui sola, è gravata della servitù (1).

§. 302. C. *Delle specie delle servitù reali.*

V' ha due specie di servitù reali: servitù *urbane* (*servitutes s. jura prædiorum urbanorum*), e servitù *rustiche* (*servitutes s. jura prædiorum rusticorum*) (2). Le rustiche son quelle che producon frutti; tutte le altre si dicono urbane. Le case, stalle, pareti, officine, magazzini, granaj, senza distinguere se la loro situazione sia in città o in campagna, sono dunque fondi urbani (3). Servitù urbana in conseguenza è quella che in generale è stabilita come diritto d' un fondo urbano; servitù rustica per lo contrario quella che generalmente è costituita in favore d'un fondo rustico, e che mira in specie a favoreggiare l'agricoltura e la propagione dell'armento (4). Può nullameno accadere che servitù ordinariamente urbane, siano costituite in favore di un fondo rustico, e che servitù ordinariamente rustiche vengano costituite in favore di un fondo urbano (5).

Il numero delle servitù reali, non è allor limitato, e il diritto romano si contenta di enumerare le condizioni generali, necessarie alla loro esistenza (§. 287). Le servitù che possono costituirsi sotto queste condizioni sono diverse quanto i diritti i quali si possono costituire sopra un fondo in favore d' un altro (6). Le servitù reali, che il diritto romano enumera, e di cui parleremo nei seguenti §§., non si vogliono dunque considerare che come esempj, i più facili a presentarsi (7).

§. 303. 1. *Servitù dei fondi urbani.*

Le principali servitù urbane, per diritto romano, sono le seguenti:

1. La servitù *oneris ferendi*, o il diritto d'appoggiare la nostra fabbrica sulla fabbrica, muro, o colonna del vicino. Questa servitù è particolarmente distinta dall'altre, in quanto ogni proprietario del muro serviente è in obbligo di mantenerla e risarcirla nel modo convenuto all'epoca della costituzione della servitù (8). Egli può nulla meno liberarsi dal restaurare il muro serviente, abbandonandolo, e in ogni caso, la parte della fabbrica, pendente il restauro del muro su cui si appoggia, è a carico di colui che profitta della servitù (9).

2. La servitù *ligni immittendi*, o il diritto di collocare dei travi nel muro del vicino, per costruire, a modo d'esempio, un camino coperto (*porticus ambulatoria*) o per dare solidità maggiore alla nostra fabbrica (10). Le travi non più atte a servire possono venir rimpiazzate da nuove, ma in numero eguale alle precedenti (11).

3. La servitù *projiciendi*, o il diritto di costruire all'esterno del nostro edifizio, per esempio d'inalzare

(1) Fr. 13, pr. D. VIII, 3. - fr. 11, pr. D. VIII, 2.

(2) §. 3, J. II, 2. - fr. 1, D. VIII, 1.

(3) Fr. 198, D. L, 16. - §. 1, J. II, 3. - fr. 1, pr. D. VIII, 4. - Cpr. anco fr. 3, 4, 6, D. XXII, 2.

(4) Pr. §. 1, J. II, 3. - V. specialmente Unterholzner, *Della prescrizione*, t. II, §. 191.

(5) Fr. 2, D. VIII, 2, confrontato col fr. 2, §. 1, D. VIII, 3. - fr. 11, §. 1, D. VI, 2. - fr. 14, §. 1, D. VIII, 1.

(6) Per esempio, pr. 3, §. 1, 2, D. VIII, 3.

(7) Sulla divisione della servitù in *continue* e *discontinue*, v. §. 294.

(8) Fr. 6, §. 2, 5, 7, D. VIII, 5. - Fr. 33, D. VIII, 2. Si è cercato di spiegare diversamente questa particolarità della servitù *oneris ferendi*. - Glück, *Comment.* part. 10, §. 661. - Konopack, *De duobus fragmentis ad* servitutem oneris ferendi *spectantibus*. Jenæ, 1822.

(9) Fr. 6, §. 2, in fine; fr. 8, pr. D. VIII, 5.

(10) Fr. 8, §. 1, 2, D. VIII, 5. - fr. 242, §. 1, D. L, 16.

(11) Fr. 14, pr. D. VIII, 5, confrontato col fr. 11, pr. in fine, D. VIII, 6.

contro la nostra casa, al di sopra della proprietà del vicino, un terrazzo, un balcone, una galleria. La servitù *protegendi* o il diritto di costruire sul nostro edifizio, estendendosi oltre la proprietà del vicino, non è che una specie della servitù *projiciendi* (1). Queste due servitù son basate sul principio che la proprietà del suolo importa la proprietà dell' aria che si trova al di sopra del fondo.

4. La servitù *stillicidii s. fluminis recipiendi s. avertendi s. immittendi. Stillicidium* è l'acqua che cade goccia a goccia dal tetto; *flumen* è l'acqua che si riunisce nel canale e cade per condotti. Questa servitù consiste dunque, o nel diritto di volgere il corso delle acque dal nostro edifizio sull'edifizio o sul fondo del vicino (2), o nel diritto d'incanalare l'acqua piovana dall'edifizio del vicino all'edifizio o fondo nostro per nettarlo o innaffiarlo (3). Ma l'affrancarsi da una tal servitù, consideravasi presso i Romani, come diritto pari a quello d'una servitù, e appellavasi *stillicidii s. fluminis non recipiendi* (4).

5. La servitù *altius non tollendi*, consistente nel diritto d'impedire al vicino, per vantaggio del nostro fondo, d'inalzare maggiormente il suo, o d'impedirgli almeno ch' egli non alzi al di là del punto determinato (5). Colui che essendo vincolato da questo diritto, l'acquistava in seguito dal vicino, aveva il diritto *altius tollendi* (6).

6. La servitù *luminum* e *ne luminibus officiatur*, come la servitù *de prospectu* e *ne prospectui officiatur. Lumina* son le finestre, che danno luce alla nostra casa, o in generale la luce che la nostra casa possiede, o di cui ha bisogno; *prospectus* è la vista di cui si gode (7). Dopo ciò, la servitù *luminum s. luminis excipiendi s. imittendi* o *fenestræ aperiendæ* (8), è il diritto di poter a-

---

(1) Fr. 2, D. VIII, 2. - fr. 242, §. 1, D. L, 16. - fr. 29, §. 1, D. IX, 2.

(2) §. 1, J. II, 3. - fr. 2; fr. 17, §. 3; fr. 20, §. 3-6, D. VIII, 2 - fr. 8, pr. D. VIII, 6. - fr. 16, D. VIII, 5.

(3) Vi sono molti autori, che la riguardano come una servitù *stillicidii non recipiendi*. Vinnius, in *Comment. ad* §. 1, *J. II, et ad* §. 2, *J. IV*, 6. - Ma vedano il fr. 28, D. VIII, 2.

(4) È per lo meno questa l'opinione di Teofilo sul §. 1, Ist. II, 3. Ma non si può dissimulare che una tale spiegazione è contraria alla stretta nozione della servitù, considerata come una restrizione della libertà naturale della proprietà. È questa la ragione che ha fatto dire a Schulting, nella sua *Jurispr. antejust. ad Gajum*, lib. II, tit. 1, nota 29, parlando dell'*jus stillicidii non recipiendi*: « *quod non sit nova servitus, sed res ad naturalem tantam redit libertatem* ». Ma sembra che i Romani, quando trattavasi di servitù di fondi urbani, riguardassero come una servitù, o almeno come un diritto simile alla servitù, non solo la restrizione recata alla proprietà, ma anche il diritto che si riacquista, in seguito della cessazione della servitù, che rende libera la proprietà. In tal guisa si spiega assai bene l'*jus stillicidii non recipiendi*, nel senso datogli da Teofilo, e l'*jus altius tollendi* et *luminibus officiendi*. Fr. 2, 21, 32, pr. D. VIII, 2. - fr. 26, pr. D. XLIV, 2. - fr. 2, pr. D. VIII, 3.

(5) §. 1, J. II, 3. - fr. 2; fr. 11, §. 1; fr. 12, 21, 32, pr. D. VIII, 2. - fr. 7, §. 1; fr. 16, D. VIII, 4. - Cost. 8, 9, C. III, 34.

(6) V. la nota ultima, pag. 167, e Hugo, *Rechtsges*, p. 504. - Cujacio nella nota ultima sul §. 2, J. IV, 6, è della stessa opinione. Ciò spiega del pari perchè il §. 2, J. cit. accorda a colui che pretende avere acquistato un *jus tollendi*, l'azione *confessoria (confessoria)*, e al vicino che contrasta il diritto, l'azione *negatoria (negatoria)*. Questa opinione è contrastata da Schilling e Unterholzner, *Della prescrizione*, t. II, p. 118, 119, 127, 128. - G. J. Van Ostendorp, *D. de jure altius tollendi*. Lov. 1830.

(7) Fr. 16, D. VIII, 2.

(8) Il confronto dei seguenti passi dimostra che queste diverse espressioni designano la cosa medesima: fr. 4, 23, pr. 40, D. VIII, 2. - fr. 13, §. 7, D. VII, 1, e Cost. 12, §. 2, C. VIII, 10.

prire nel muro altrui, o comune, finestre ed altro tale da dar luce alla nostra casa (1); è pure un diritto d'aprir finestre nel nostro muro, sulla proprietà del vicino, se disposizioni particolari di legge non ce lo vietano (2). La servitù *ne luminibus officiatur* consiste, nel non potere il vicino, con fabbriche, piantazioni, e costruzioni altre qualunque, toglier luce alla nostra casa. L'atto di costituzione o acquisto della servitù determinano quindi se la nostra casa ha diritto, a tutta la luce, o solo a quella che gli è necessaria (3). La servitù *de prospectu*, o *ne prospectui officiatur* (poichè non è differenza fra loro), consiste nel diritto d'impedire al vicino di toglierci, mediante costruzioni o inalzamenti di sorta, la vista della nostra casa o fondo (4). L'affrancamento dalla servitù *luminibus aut prospectui officiatur*, dicesi *jus luminibus aut prospectui officiendi* (5).

7. La servitù *sterculinii*, o il diritto di fare alla nostra casa, dalla parte della casa o del fondo del vicino, una fossa da immondezze, o altro simile (6).

8. La servitù *cloacæ mittendæ*, o il diritto di condurre una cloaca per la casa o fondo del vicino (7).

9. La servitù *fumi immittendi s. cuniculi balnearii habendi*, o il diritto di dirigere pel cammino, dalla parte del fondo vicino fumi particolarmente incomodi, o esalazioni altre disgradevoli (8).

§. 304. 2. *Servitù di fondi rustici.*

Le principali servitù rustiche, che si riscontrano nel diritto romano, sono le seguenti:

1. Le servitù tendenti a facilitare la comunicazione, sia per terra, sia per aria.

Esse sono in numero di quattro.

a) La servitù *itineris*. Dava, presso i Romani, il diritto di passare sul fondo altrui a piede, a cavallo, e in lettiga (9).

b) La servitù *actus*, che contiene quella *itineris*, e dà diritto di condurre pel fondo serviente, delle gregge, e passarvi in vettura (10).

c) La servitù *viæ*, che non solo riuniva le due precedenti, ma autorizzava del pari a condurre pel cam-

(1) V. I passi indicati alla nota precedente. Le opinioni degli autori che questa sia realmente una servitù, sono molto diverse. Feuerbach riguarda questa servitù, piuttosto come un diritto sull'*ombra* che la casa o il muro vicino, procura al nostro fondo, che una servitù di *luce*, e il proprietario non può demolire il muro serviente. - Dabelow, *Della servitù* luminum *presso i Romani*, pensa diversamente. V. ancora J. E. Paulig, *Diss. in qua Feuerbachii de luminum servitute sententia contra Dabelowium defenditur*. Grœning, 1811. - Moser pretende per fino che questa sia una servitù per cui il vicino deve soffrire il reflesso dei raggi solari del nostro muro sulle sue finestre! - V. ancora L. F. Griesinger, *De servitute luminum et ne luminibus officiatur*. Lipsiæ, 1819. - H. C. A. Eichstædt Pr. I e II, *De servitute luminum et ne luminibus officiatur, ad explic. Ciceronis locum de orat. 1*,39. Jenæ, 1820. - M. G. J. Fiess, *Diss. de servitute luminum et ne luminibus officiatur*. Leodii, 1824.

(2) Cost. 12, §. 3, C. VIII, 10.

(3) Fr. 4, 11, pr. 15; fr. 17, pr. §. 1; fr. 22, 23, pr. 31, D. VIII, 2. - Fr. 16, D. VIII, 4. - fr. 15, D. VIII, 5, e soprattutto il fr. 10, D. VIII, 2, confrontato col fr. 30, D. VII, 1.

(4) Fr. 3, 12, 15, D. VIII, 2. Gli autori, specialmente moderni, son discordi su queste servitù. - Felicemente, non si considera più al presente, in queste servitù, il nome che loro davano i Romani, ma solo il modo con cui sono state o costituite o acquistate, il loro fine ed estensione.

(5) Fr. 2, D. VIII, 2.

(6) Fr. 17, §. 2. D. VIII, 5.

(7) Fr. 7, D. VIII, 1. - fr. 2, pr. D. VIII, 3.

(8) Fr. 8, §. 5-7, D. VIII, 5.

(9) Pr. J. II, 3. - fr. 1, pr.; fr. 7, pr.; fr. 12, D. VIII, 3.

(10) V. oltre i passi della nota precedente, il fr. 4, §. 1; fr. 13, D. VIII, 1; fr. 2, D. VIII, 6.

mino serviente, pietre e legni da costruzione (1). Se niuna clausula particolare determinava la larghezza del cammino, la legge la fissava a otto piedi in linea diritta (*in porrectum*) e sedici in giro (*in anfractum*) (2). Qualunque costituzione di servitù di via può esser fatta in guisa da permettere a chi ne gode, di dare al suo cammino, sul fondo servente, la direzione che gli conviene, e di cangiarla a piacere (3); ma se questo punto non è regolato dalla costituzione della servitù, il diritto di passo è ristretto a una direzione data e determinata per lo stabilimento della servitù, o in difetto e in caso di contestazione fra le parti, si determina dal giudice, che in tal caso deve aver riguardo alla località e all'interesse delle parti (4). Tuttochè al presente si abbia più in vista il modo della costituzione, le località e l'utilità delle servitù, che l'espressioni e i principj del romano diritto, convien dire che in tali casi, è sempre da applicarsi la regola romana, che il più comprende tacitamente il meno (5) se non vi è espressamente derogato (6).

d) La servitù *navigandi*, o il diritto di traversare lo stagno alrtui per giungere alla nostra proprietà (7).

2. La servitù di *pascolo* (*servitus pascendi, seu pascui*), o il diritto di condurre a pascere la nostra greggia sul fondo altrui (8). Essa racchiude tacitamente la servitù *actus*, in quanto è accessoria all'esercizio di lei (9). La costituzione di questa servitù fissa tanto il tempo in cui può essere esercitata, quanto la specie e il numero dei bestiami che si ha diritto di condurre a pascere.

a) Ma se non è stato fissato il tempo, non si ha diritto del pascolo che dopo la raccolta dei frutti, e il taglio dei fieni (10).

b) Se non è stata determinata la specie delle greggie, si devono ammettere alla pastura tutti gli animali da pastura in generale, tranne quelli che potrebbero recar danno (11).

c) Se non è fissato il numero, il diritto di pascolo s'estende a tutti gli animali, che appartengono al fondo dominante e che sono necessari al governo di lui (12).

d) Infine, se non è stato espressamente convenuto il contrario, il proprietario del fondo serviente, è nel diritto di far pascere egualmente le sue proprie gregge (oggi: *jus compascendi*) (13). In tal caso, ove la pastura del fondo serviente non basti ai bestiami dei due proprietarj, o cessi dall'esser bastante, il proprietario del fondo dominante, ha diritto di far pascere i suoi animali, se il lor numero

---

(1) Fr. 1, pr.; fr. 7, pr. D. VIII. 3.

(2) Fr. 8; fr. 13, §. 2, 3, fr. 23, pr. D. VIII, 3; fr. 6 in fine, D. VIII, 6. - V. anco Varrone, *De lingua lat.* VI, 2, e Hugo *Storia del diritto*, p. 190.

(3) Fr. 13, §. 1, D. VIII, 3. - fr. 6, §. 1, D. VIII, 6.

(4) Fr. 13, §. 1, 3, D. VIII, 3. - Fr. 9, D. VIII, 1. - La servitù di via concessa per legato, e senza che il testatore abbia determinato la direzione del cammino, può regolarsi dall'erede, secondo la sua volontà, ma senza recar pregiudizio al legatario; fr. 26, D. VIII, 3.

(5) Fr. 21; fr. 110, pr. D. L, 17. - pr. J. II, 3. - fr. 1, pr.; fr. 7, pr. §. 1; fr. 3. pr.; fr. 4; fr. 6, §. 1. D. VIII, 3.

(6) Fr. 4, §. 1, D. VIII, 5. - Fr. 1, D. XXXIV.

(7) Fr. 23, §. 1, D. VIII, 3.

(8) §. 2, J. II, 3. - fr. 1, §. 1; fr. 3, pr. fr. 4; fr. 6, §. 1, D. VIII, 3.

(9) Arg. fr. 3, §. 3, D. VIII, 3.

(10) Arg. fr. 9, D. VIII, 1: « *Civiliter modo,* » e fr. 13 in fine, D. VIII, 4.

(11) Lauterbach, *Coll. Pand.* lib. VIII, tit. 3, §. 10,

(12) La ragione è che niuna servitù reale può esercitarsi oltre i bisogni del fondo dominante; fr. 3, pr. concordante col fr. 5, in fine, D. VIII, 3.

(13) Arg. fr. 13, § 1, in fine, D. VIII, 4. - Cost. 6, C. III, 34. L'espressione, *jus compascendi* ha dato vita a quella d'*jus compascui*, il quale è il diritto di pascolo che più proprietarj si sono reciprocamente concesso sul fondo loro, e che ha luogo sovente, non come servitù, ma come *precarium*.

è fissato, quand'anche non restasse cosa da pascere alle gregge del fondo servente; se al contrario il numero non è determinato, dovrà il Giudice determinarlo, secondo lo stato delle proprietà, e il numero dei capi che ciascuno ha diritto di condurre in pastura.

3. Le servitù della condotta e vantaggio delle acque.

Sono di tale specie:

a) L'*aquæductus*, o la servitù *aquæ ducendæ;* è il diritto di condurre al di fuori o per lo mezzo del fondo altrui, acque alla nostra proprietà, sia sopra sia sotto terra (1). Generalmente chi gode di questa servitù deve condurre le acque per mezzo di doccie e non canali di pietra (2); deve condurle per una direzione indicata (3). La servitù può essere stabilita per dar l'acque tutto l'anno (*aqua quotidiana*) o esser ristretta all'estate (*aqua æstiva*) (4).

b) L'*aquæ haustus* o la servitù *aquæ hauriendæ;* è il diritto d'attinger acqua alla cisterna o pozzo altrui; comprende la servitù *itineris* in quanto è necessario all'esercizio della servitù (5).

c) La servitù *pecoris ad aquam appulsus*, o il diritto d'abbeverare la nostra greggia sul fondo servente; la servitù *actus* è in essa compresa naturalmente in quanto è necessaria all'esercizio dell'altra (6).

d) La servitù *aquæ educendæ*; *s. immittendæ*, o il diritto di condurre l'acque dal fondo nostro all'altrui (7).

4. Infine, esistono anco diverse altre servitù rustiche: per esempio il diritto di tagliar legna nel bosco altrui; quello di conservare i nostri frutti nel fondo altrui; il diritto, scavando un cammino, di gettar terra o pietre sul fondo vicino, e di lasciarvele finchè non sian tolte; il diritto di costruire, per l'esercizio del pascolo, una capanna sul fondo serviente (8); infine, il diritto *cretæ eximendæ*, *calcis coquendæ*, *lapidis eximendæ*, *arenæ fodiendæ*, ed altre simili (9), di cui il nome solo indica abbastanza la destinazione.

TITOLO TERZO

Creazione ed estinzione delle servitù.

§. 305. n. 1. *Chi può costituire una servitù?*

Ritenuto il principio da noi stabilito al §. 275, che le servitù, giusta la lor nozione e natura, non sono che diritti staccati dalla proprietà d'una cosa e trasferiti in altra persona, emergono le appresso conseguenze:

1. Il solo proprietario della cosa, può gravarla di servitù. Da ciò ne segue che la servitù costituita dal non proprietario, non dà, a chi l'acquista il *diritto di servitù (jus ser-*

(1) Pr. J. II, 3. - fr. 1, pr. fr. 9, D. VIII, 3. - fr. 14, §. 2, D. VIII, 1. - fr. 4, D. XLIII, 20. - Codice XI, 42.

(2) Fr. 17, §. 1, D. XXXIX, 3.

(3) La direzione delle acque si regola secondo i principj stessi che regolano la direzione della via. Fr. 9, in fine, D. VIII, 1. - fr. 21, 22, 26, D. VIII, 3. - fr. 8, D. XLIII, 20.

(4) Fr. 1, §. 2, 3, D. XLIII, 20. Il godimento di questa servitù può anche esser limitata a certi giorni e ore o anche a misura; fr. 2; fr. 5, pr. D. ibid. - fr. 2, §. 1, 2, D. VIII, 3.

(5) §. 2, J. II, 3. - fr. 1, §. 1; fr. 3, §. 3; fr. 9, D. VIII, 3. - C. F. Walch, *Diss. de aquæ hauriendæ servitute.* Jenæ, 1754.

(6) V. oltre i passi indicati alla nota precedente, i fr. 4; fr. 6. §. 1, D. VIII, 3.

(7) Fr. 29, D. VIII. - fr. 8, §. 5, D. VIII, 5.

(8) Fr. 6, §. 1, D. VIII, 3. - fr. 3, §. 1, 2, D. ibid. - fr. 6, in fine, D. ibid.

(9) §. 2, J. II, 3. - fr. 1, §. 1; fr. 5, §. 1; fr. 6, D. VIII, 3.

vitutis), ma solamente la *juri quasi-possessio* (1).

2. Colui, la proprietà del quale è revocabile, non può impor servitù che durante il suo diritto (2).

3. Un comproprietario, non può di per se solo, gravare il fondo comune di una servitù reale, perch'essa è indivisibile (3).

4. Chi non gode che la nuda proprietà d'una cosa, di cui l'usufrutto ad altri appartiene, può gravarla di servitù innocue ai diritti dell'usufruttuario, ma non può, e vi sia pure il consenso di questi, imporre sulla cosa servitù che restringano l'usufrutto (4).

5. Chi ha il solo dominio utile d'una cosa (*dominum utile)*, come l'enfiteuta e il superficiario, può imporre servitù senza il consenso del proprietario: ma dal momento in cui la proprietà gli ritorna, si estinguon del pari le servitù costituite dall'enfiteuta e dal superficiario (5).

§. 306. b. II. *Chi può acquistare una servitù?*

Le servitù personali s'acquistano:

1. Da tutti coloro, che in generale hanno capacità d'acquistare; ma le servitù reali non si acquistano che dal vero proprietario del fondo, poichè ne sono esse un'accessione (6).

2. Dal proprietario d'una cosa il quale può acquistare una servitù, anche senza il consenso dell'usufruttuario; ma questi ne riceve tutto il vantaggio fin che dura il suo diritto (7).

3. Il comproprietario non può di per sè solo acquistar servitù a favore del patrimonio comune, per la ragione ch'egli non è proprietario dell'intero, che la servitù è indivisibile, e non può per conseguenza, acquistar *pro parte* (8).

4. Infine, il proprietario d'un fondo, non può far costituire nel tempo istesso una servitù, a profitto proprio e a quello del vicino; in tal caso, egli non acquista che per se solo (9).

§. 307. c. III. *Come s'acquistano le servitù?*

Le servitù s'acquistano:

1. Per *convenzione*. Egli è fuor di dubbio che una semplice convenzione basti per stabilire una servitù negativa. Ma diversamente procede la cosa

---

(1) Fr. 11, §. 1, D. VI, 2.

(2) Fr. 11, §. 1, D. VIII, 6. - fr. 105, D. XXXV, 1; a motivo della regola: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.*

(3) Fr. 2, D. VIII, 1 - fr. 11, 34, pr. D. VIII, 3. — fr. 6, §. 1-3; fr. 18, D. VIII, 4. - Qui non si tratta che di servitù reali; perchè il comproprietario può cedere ad un altro la sua parte intellettuale d'un usufrutto; fr. 10, D. VII, 9. Sembra ancora, secondo il motivo indicato nel testo, che colui il quale accetta un altro come comproprietario, possa riservarsi una servitù; fr. 8, §. 1, D. VIII, 1.

(4) Fr. 15, §. 7; fr. 16, D. VII, 1. — « *Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest*; nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat; veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollendi ». La ragione è nel principio stabilito §. 276: *servitus servitutis esse non potest.* Sulle diverse maniere di spiegare questo passo, vedi Glück, *Comm.* part. 9, p. 42, e seg. - I. M. Bauman, *Diss. de servitute a proprietatis domino fundo fructuario imposita.* Lips. 1789. - I. Schnelle, *Diss. de probabili interpretatione leg.* 15, 16, *et* 17, *pr. D. de usufructu.* Rostoch. 1825.

(5) Fr. 1, pr. D. VII, 4. - fr. 1, §. 9, D. XLIII, 18.

(6) §. 3, J. II, 3. - fr. 1, §. 1, D. VIII, 4. Così, colui il quale non è che possessore di buona fede di un fondo, non acquista, che il possesso di buona fede della servitù concessa a questo fondo.

(7) Fr. 15, §. 7, D. VII, 1. - fr. 1, pr.; fr. 5, §. 1, D. VII, 6.

(8) Fr. 19, 34, pr. D. VIII, 3. - fr. 5; fr. 6, §. 1-3; fr. 18, D. VIII, 4. - fr. 8, §. 1, D. VIII, 1. - fr. 30, §. 1, D. VIII, 2.

(9) Fr. 5; fr. 6, pr. in fine; fr. 8, D. VIII, 4. - fr. 64, D. XVIII, 1.

nelle servitù affermative: è molto controversa la questione di sapere se basti una semplice convenzione per dar vita al *diritto di servitù* e basare l'azione reale, che ne è la conseguenza, o se la *quasi tradizione* della servitù, o suo esercizio *patientia domini*, sono egualmente richiesti, la prima di queste due opinioni, sembra nullameno la più fondata (1).

2. Per *disposizione d' ultima volontà (servitus legata)*; in caso tale, il diritto di servitù si acquista al momento in cui *dies legati cedit* (2). Una convenzione tacita d' una servitù per convenzione o per testamento, non è ammissibile che allor quando, senza la servitù, non potrebbe esistere la cosa alienata o legata, o allorchè l'esercizio del diritto principale, e di cui la servitù forma l'accessorio, sarebbe impossibile (3).

3. Per *aggiudicazione*, nei tre casi dei giudizj divisorj (4), e nel caso in cui il giudice riconosca la necessità di aprire una via per giungere a un fondo (5).

4. Per usucapione di 10 e 20 anni, se la proprietà della cosa è tale da prescriversi in questo spazio di tempo (6), se chi prescrive è in buona fede (7), e se ha un giusto titolo, cioè se gli è stata concessa la servitù in modo conforme al diritto (8). Ma se egli non può provare il giusto titolo, non acquista la servitù, essendo di buona fede, che per i 30 anni (9), o per prescrizione immemorabile (*vetustas*) (10); se manca del pari la buona fede, il diritto di servitù non

---

(1) L' opinione la più generale è che la tradizione della servitù sia richiesta, per acquistare l'*jus servitutis*, specialmente a causa dei passi seguenti. Cost. 20, C. II, 3. - fr. 3, pr. D. XLIV, 7. - fr. 11, §. 1, D. VI, 2. - fr. 20, D. VIII, 1. - fr. 1, §. 2, D. VIII, 3. Ma secondo una diversa opinione, appoggiata a Gajo, II, 30, 31; §. 4, J. II, 4; fr. 3, pr. D. VII, 1; fr. 19, D. VIII, 3, la tradizione della servitù non si richiederebbe per acquistare l'*jus servitutis*, ma per acquistare il *possesso* della servitù, e per dar luogo all'azione pubbliciana: di un tale diritto parlano i seguenti passi: fr. 11, §. 1, D. VI, 2; fr. 20, D. VIII, 1; fr. 1, §. 2, D. VIII, 3. Questa ultima opinione fu da primo difesa da L. I. Schmidtlein, *Diss. de servitutibus per pactum constituendis*. Gœtt. 1823. In seguito è stato molto discusso su questa questione. Da una parte sono Du Roi, Zimmern e Francke; dall'altra, Schimdtlein, Savigny, Michelsen, Hasse e Schrader. V. anco Warnkœnig, nella *Thémis*, t. X, p. 57. - Cpr. ancora H. Hærtel, *De servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex jure rom.* Lips. 1828.

(2) §. 4, J. II, 3. - §. 1, J II, 4. - fr. 3, pr.; fr. 6, pr. D. VII, 1. - Per dar luogo al possesso d' usucapione e all' azione pubbliciana, si vuole qui egualmente la tradizione. - Sulla *servitus legata*, v. al Dig. XXXIII, 2, 3.

(3) §. Fr. 1, D. XXXIII, 3. - Fr. 1, §. 1, 4, D. VII, 6. - Fr. 15, §. 1, D. XXXIII, 2. - fr. 44, §. 9; fr. 81, §. 3, D. XXXIII. - fr. 20, D. VIII, 5, confrontato coi fr. 10; fr. 34 39, D. VIII, 2. - fr. 3; fr. 6, pr.; fr. 7, D. VIII, 4. - fr. 30, D. VII, 1. - fr. 26, D. XXXIX, 2.

(4) Fr. 6, §. 1, D. VII, 1. - fr. 16, §. 1; fr. 22, §. 3, D. X, 2. - fr. 6, §. 10, D. X, 3. - fr. 10, D. VII, 9.

(5) Fr. 12, pr. D. XI, 7 - fr. 1, §. 1, D. VII, 6. - fr. 44, §. 9, D. XXX. - fr. 15, §. 1, D. XXXIII, 2.

(6) C. 12, in fine, C. VII, 33. « Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, veluti *ususfructus et ceteræ servitutes* ». Nullameno Zimmern pretende che le servitù personali non possano mai acquistarsi per usucapione. - Le servitù delle cose di cui non si può acquistare la proprietà, che per 30, o 40 anni e più, non possono del pari acquistarsi, che per questo spazio di tempo. Nov. 131, c. 6.

(7) Bisogna naturalmente ch' egli abbia esercitata la servitù *nec vi, nec clam, nec præcario*, fr. 10, pr. D. VIII, 5. - fr. 1, §. 23, D. XXXIX, 3. - Cost. 1, C. III, 34. Ma non è in obbligo di provarlo; la prova del contrario incombe all' avversario.

(8) Cost. 12, C. VII, 33. - « *Ut bono initio possessionem tenetis etc.* » Sotto questa condizione sola egli acquista la prescrizione di 10, o 20 anni.

(9) Arg. Cost. 8, §. 1, C. VII, 39.

(10) Fr. 3, §. 4, D. XLIII, 20. - fr. 10, pr. D. VIII, 5. - fr. 2, pr. §. 8, D.

può mai acquistarsi; ma l'azione negativa del proprietario sarà estinta per la prescrizione, e avrà sempre un'eccezione per farsi mantenere nel possesso della servitù (1).

5. Finalmente, le *disposizioni della legge*, servono spesso di base alla costituzione dell'usufrutto, e si può del pari ammettere delle servitù reali legali, ove per ciò s'intenda, delle restrizioni che la legge arreca alla proprietà d'una cosa in profitto d'un'altra.

§. 308. IV. *Come si estinguono le servitù?* (2)

Le servitù che non hanno vincolo nè di termine, nè di condizione risolutoria, si estinguono secondo la lor generale natura (3):

1. Per la *renunzia (remissio)* per parte di chi l'esercita; questa renunzia può essere espressa o tacita (4).

2. Per la *confusione*, allorchè nelle servitù reali, i due fondi si uniscono nella persona medesima del proprietario. Frattanto se il proprietario del fondo dominante non acquista che una parte del fondo servente, o viceversa, se il proprietario del fondo servente acquista una parte del fondo dominante, la servitù continua egualmente a sussistere sulla parte (5). La confusione, o la *consolidatio* (6), ha luogo in fatto di servitù personali, allorchè colui che non ha che la nuda proprietà, acquista anche l'usufrutto, o allorchè l'usufruttuario acquista la proprietà della cosa. Però se la confusione non è in principio che temporaria, le servitù rivivono, tostochè essa si estingue, senza far distinzione tra le servitù personali e le reali (7).

3. Allorchè il diritto di chi ha costituito la servitù era, nel suo prinnipio, *revocabile*; la servitù s'estingue dal momento in cui cessa il diritto (8).

4. Per la *distruzione della cosa* (9).

XXXIX, 3. - fr. 28, D. XII, 3. - Cost. 1, C. III, 34.

(1) Cost. 3; Cost. 8, §. 1, C. VII, 39. Le opinioni dei Giureconsulti sono molto differenti sulla prescrizione acquisitiva delle servitù. Galvanus, Thibaut, Dabelow, Lœbr, Zimmern, Neustetel, Hagemann, Hasse, Unterholzner, Schweppe, hanno tutti trattato questa questione. - Sull'acquisto delle servitù discontinue, v. C. G. Müller, *Diss. nunc et quatenus continua possessio requiratur in juribus discontinuis præscriptione constituendis.* Lips. 1832.

(2) Dig. VII, 4; VIII, 6. - Paolo, *Sent. rec.* III, 6, §. 28-33.

(3) Così, per esempio, l'usufrutto legale del padre sui beni dei figli, cessa colla patria potestà; §. 2. J. II. 9. Così, la durata d'una servitù può esser ristretta a un tempo determinato per convenzione, o disposizione testamentaria; fr. 4, D. VIII, 1.

Secondo la Cost. 12, C. III, 3, l'usufrutto ha di più le seguenti particolarità:

1. Quando a qualcuno è stato concesso un usufrutto, finchè un terzo non abbia compita una certa età, e questi muore prima di compirla, l'usufrutto continua ad esistere fino al momento in cui questo terzo, se fosse vissuto, avrebbe compita l'età determinata.

2. Quando il testatore ha subordinato la durata dell'usufrutto a un avvenimento incerto, referibile a un terzo, l'usufrutto, in caso di morte del terzo, prima che l'avvenimento siasi verificato, deve considerarsi come accordato all'usufruttuario, sua vita durante.

(4) §. 3, J. II, 4. - fr. 14, §. 1, D. VIII, 1. - fr. 8. D. VIII, 6. - fr. 64, 65, D. VII, 1. - fr. 34, pr. D. VIII, 3.

(5) Fr. 1, D. VIII, 6. - fr. 30, D. VIII, 2, confrontato col fr. 8, §. 1, D. VIII, 1. - fr. 19; fr. 34, pr. D. VIII, 3. - fr. 5; fr. 6, §. 1-3; fr. 18, D. VIII, 4.

(6) §. 3, J. II, 4. - fr. 3, §. 2; fr. 6, pr. D. VII, 2. - fr. 78, §. 2, D. XXIII, 3. - fr. 7, pr. D. XXIII, 5. - fr. 17, D. VII, 4. - fr. 57, pr D. VII, 1.

(7) Fr. 9, D. VIII, 4. - fr. 18, D. VIII, 1 - fr. 57, D. XXIV, 3. - fr. 7, pr. D. XXIII, 5.

(8) Fr. 16, D. VII, 4. - fr. 11, §. 1, D. VIII, 6. - fr. 105, D. XXXV, 1. - Secondo la regola: resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum.

(9) §. 3, J. II, 4. - fr. 10, §. 2-4; fr. 12; fr. 30; fr. 31, D. VII, 4. - fr. 20, §. 2, D. VIII, 2. - fr. 2, D. VII, 1.

Ma le servitù rivivono, ov'essa torni a rivivere (1).

5. Per la *distruzione del soggetto*. Così, le servitù personali si estinguono per la morte di colui pel quale sono state costituite (2), le reali per la distruzione del fondo dominante; ma queste rivivono ove il fondo riviva (3).

6. Per la *prescrizione estintiva*. Il diritto nuovo, non si contenta, come l'antico, del non uso della servitù (*non usus*); ma le servitù personali, come le reali, non si perdono in diritto (4) pel non uso, se non quando il proprietario del fondo servente ha acquistato una *usucapio libertatis*, o un terzo ha acquistato la cosa per prescrizione, come proprietà franca e libera (5).

TITOLO QUARTO

Delle azioni che hanno rapporto colle servitù.

§. 309. 1. *Azioni petitorie* (6).

Le azioni che hanno rapporto colle servitù, sono o petitorie, o possessorie.

Le petitorie sono:

1. L'azione *confessoria* (*actio confessoria s. vindicatio servitutis*), che intentasi per volere il diritto di servitù. Essa è accordata a chiunque reclama

---

(1) Fr. 14, pr. D. VIII, 6. - fr. 23, D. VII, 4. - fr. 36, pr. D. VII, 1. - Vi sono degli autori che intendono a tal proposito delle servitù reali, ma v. il fr. 23 citato.

(2) §. 3, J. II. 4. - pr. J. II, 5. - fr. 3, §. 3, D. VII, 4. - Cost. 3, pr. 12; pr. 14, C. III, 23. L'usufrutto concesso a una comunità s'estingue pel lasso di 100 anni, « quia is finis vitæ longævi hominis est » fr. 56, D. VII, 1. È da rimarcare che in diritto romano, l'usufrutto e l'uso, che sono diritti basati sul diritto civile, s'estinguono, per la massima e media diminuzione di capo di colui che l'esercita, §. 3, J. II, 4. - fr. 1, D. VII, 4. - Cost. 16, 17, C. III, 23; l'istesso non avviene dell'abitazione: « quia in facto potius quam in jure consistit: » fr. 10, pr. D. VII, 8. - fr. 10, D. IV, 5; l'*operæ servorum* vanno soggette alle regole dell'abitazione; fr. 2, D. VII, 7. - fr. 2, D. XXXIII, 2.

(3) Fr. 20, §. 2, D. VIII, 1.

(4) Perchè l'azione confessoria s'estingue, secondo i principj generali sulla prescrizione dell'azioni, quando non s'intenta nel corso di 30 anni. Cost. 3, C. VII, 39.

(5) Bisogna qui distinguere fra l'antico e il nuovo diritto.

1. L'usufrutto e l'uso (ma non l'abitazione) perdevasi, secondo l'antico diritto, pel semplice non esercizio, trattandosi d'immobili, di due anni, e trattandosi di mobili, di un anno. Paolo, *Sent. rec.* III. 6, 30. - fr. 38-40, D. VII, 1. - fr. 28, 29, D. VII, 4. - fr. 10, pr. D. VII, 8. Secondo una disposizione di Giustiniano, l'usufrutto e l'uso, non si estinguono pel semplice non esercizio, ma solo in seguito d'un *usucapio libertatis* per parte del proprietario della cosa, su cui è costituito l'usufrutto, o quando essa è usucapita da un terzo come libera proprietà. Cost. 16, §. 1, C. III, 33: « Nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiam si dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere. Cpr. Cost. 13. C. III, 34.

2. Nelle servitù reali, aveva luogo, secondo l'antico diritto, una distinzione fra le servitù di fondi rustici, e le servitù di fondi urbani; le prime si perdevano per semplice non uso, le seconde solo per l'*usucapio libertatis.* Paolo, *Sent. rec.* I, 17. - fr. 6, D. VIII, 2. - fr. 18, D. VIII, 3. - fr. 7, D. VIII, 6. - Per diritto nuovo, bisogna ammettere, secondo la Cost. 16, §. 4, C. III, 33, e il §. 3, J. II. 4, che le servitù reali, come l'usufrutto, non si estinguono pel non esercizio. Le opinioni però sono molto discordi su questo punto.

(6) Dig. VII, 6. - VIII. 5, - §. 2, J. IV, 6. - Donello *Comm. jur. civ.* lib. XI,

una servitù, e fornisce la prova che essa servitù appartiene realmente o a lui o al suo fondo (1). È diretta contro colui che turba l'attore nell'esercizio del suo diritto, e mira a far riconoscere la servitù, a chiedere l'indennità, e ove abbisogni, la sanzione *de ne amplius turbando* (2).

2. L'azione *negatoria* (*actio negatoria s. vindicatio libertatis*) tendente a far dichiarare la libertà d'una cosa. Essa appartiene al proprietario della cosa che la pretende libera da qualunque servitù, e può dirigersi contro chiunque si arroghi una servitù sulla cosa (3). In realtà essa non è che la rivendicazione della cosa (*rei vendicatio*), perchè la proprietà è parzialmente lesa per l'usurpazione d'una servitù; il suo fine è di far dichiarare la libertà naturale della cosa, di chiedere cauzione per impedirne in futuro la turbazione, e di farsi aggiudicare la refezione dei danni. L'attore deve a tal uopo presentare la prova della sua proprietà (4), il convenuto quella della servitù, quand'anche stia in possesso (5).

3. In tal caso, il diritto romano accorda l'azione *pubbliciana* (*actio in rem publiciana*) tanto in favore della servitù, che in favore della libertà della proprietà.

a) Nel primo caso, l'attore non deve provare spettargli il *diritto di servitù*, ma avere egli acquistato il possesso della servitù per tradizione, o perchè il proprietario ha sofferto l'esercizio della servitù (*patientia domini*).

b) Nel secondo caso, l'attore non dee provare che egli è proprietario della cosa, ma solo che ne ha acquistato il possesso per giusto titolo e per tradizione (6).

§. 340. II. *Delle azioni possessorie.*

L'azioni possessorie, che possono invocarsi per garantire le servitù, sono:

1. Per le servitù personali, l'interdetti ordinarj *retinendæ vel recuperandæ possessionis* (§. 233-235) (7).

2. Quanto alle servitù reali, bisogna distinguere:

a) Di fronte alle servitù *affermative*, il di cui esercizio dipende da un fatto proprio indipendente (*servitutes discontinuæ*), per esempio, le servitù *itineris*, *viæ*, *actus*, *aquæ hauriendæ*, gl'interdetti ordinarj non trovano applicazione; la legge concede in tali casi degli interdetti particolari (8). E sono: l'interdetto *de itinere actuque privato*, destinato a garantire la servitù di via, e l'interdetto *de itinere actuque reficiendo*, tendente a far restaurare il cammino (9), l'interdetto *de fonte*, che protegge l'esercizio del diritto d'attinger l'acqua al fonte o stagno altrui, e l'interdetto *de fonte*

C. 15, 16. - Glück, *Comm.* part. 10, §. 685-687.

(1) Fr. 2, §. 1; fr. 10, §. 1, D. VIII, 5. Sulla questione di sapere qual diritto ha l'usufruttuario d'azionare per le servitù attenenti al fondo di cui gode, v. fr. 1, pr.; fr. 5, §. 1, D. VII, 6. - fr. 1, §. 4, D. XLIII, 25.

(2) Fr. 2; fr. 5, §. 5-7, D. VII, 6. - fr. 4, §. 2; fr. 6, §. 2-7; fr. 10, §. 1; fr. 12; fr. 15, D. VIII, 5.

(3) Fr. 2, pr. D. VIII, 5. Essa ha luogo del pari per ogni turbativa e lesione della proprietà, eguale alle servitù; per esempio, fr. 13, 14, 17, pr. D. VIII, 5. - fr. 6, §. 2, D. XLVII, 7.

(4) Fr. 5, pr. D. VII, 6, - fr. 15, D. XXXIX, 1.

(5) Questa è una questione molto combattuta, specialmente a causa del §. 4, J. IV, 15, e del fr. 7, §. 5, D. XL, 12.

(6) Fr. 11, §. 1, D. VI, 2. - fr. 1, §. 2, D. VIII, 3. - fr. 4, §. 7, D. VIII, 5. - fr. 18, D. XX, 1.

(7) Fr. 4, D. XLIII, 17. - f. 3, §. 13, 14, 16; fr. 9, §. 1, D. XLIII, 16. - fr. 60, pr. D. VII, 1. - fr. 2, pr. §. 3. D. XLIII. 26.

(8) Savigny, *Trattato del possesso*, §. 46.

(9) Fr. 1, pr.; fr. 3, §. 11, D. XLIII, 19. - fr. 4, §. 5, D. VIII, 5.

reficiendo, tendente ad ottenere il restauro della fontana (1).

b) Di fronte alle servitù affermative, il cui esercizio esige l'esistenza continua di un preparativo o costruzione (*servitutes continuæ*), o si applica l'interdetto *uti possidetis* (2), o interdetti particolari a certe servitù di questa specie, per esempio l'interdetto *de aqua quotidiana et æstiva*, per ritornare nell'esercizio di condurre l'acque, allorchè esiste la costruzione necessaria a tale effetto (3), e l'interdetto *de rivis*, tendente a migliorare queste costruzioni (4); l'interdetto *de cloacis*, per ottenere la ripulitura e il restauro d'un canale per scolo (5).

3. Le servitù negative, non sono mai protette *dall'interdetto uti possidetis* (6).

CAPITOLO QUARTO

Dell' Enfiteusi (7).

§. 311. I. *Nozione dell' enfiteusi.*

L'enfiteusi è un diritto reale per cui ci serviamo della proprietà altrui come della nostra, e disponiamo della sostanza della cosa, senza poterla però deteriorare, e sotto condizione di coltivarla e migliorarla, e di pagarne tutte le imposte determinate, e un canone fisso (*canon*, *pensio*, *reditus*). Colui che accorda sulla sua proprietà un diritto di tal sorta, dicesi *dominus emphyteuseos;* colui che lo riceve, *enfiteuta (empytèote)*, e la cosa cui si accorda, *ager vectigalis s. emphyteuticarius.*

§. 312. II. *Dei diritti dell' enfiteuta.*

Abbenchè non proprietario della cosa, l'enfiteuta gode di quasi tutti i diritti compresi nella proprietà (8).

---

(1) Dig. XLIII, 22.

(2) Fr. 20, pr. D. VIII, 2. - fr. 8, §. 5, D. VIII, 5.

(3) Dig. XLIII, 20.

(4) Dig. XLIII, 21.

(5) Dig. XLIII, 23, confr. col fr. 1, pr. D. XLIII, 17.

(6) Fr. 8, §. 5, D. VIII, 5. Su tutti questi interdetti, v. Savigny, *Trattato del possesso*, §§. 45, e 46.

(7) Fonti: §. 3, J. III, 24 (25). - D. VI, 3. - XXXIX, 4. - Cod. Theod. X, 3. - Cod. Just. IV. 66.

Bibliografia: Cujacio, *Recit. solemn. in tit. de cod. de jure emphyteutico.* - Donello, *Comm. jur. civ.* lib. IX, C. 13.-15. - Janus a Costa, *Præl. in tit. C. de jure emphyteutico.* In præl. in illustr. quosd. titt. a Voorda edit. p. 346. - Galvanus, *De usufr.* c. 27, §. 5. - Ge. S. Madihn, *De vera indole agrorum vectigalium secundum juris rom. doctrinam.* Berol. 1773. - Groscurd, *De jure emphyteutico.* Gœt. 1803. - I. A. Kluppel, *De jure emphyteutico.* Grœning, 1807. A. H. Raupp. *De jure emphyteutico.* L. B. 1807. - A. Faure. *De emphyteusi ex jure romano.* Grœning. 1819. - Glück, *Comm.* t. VIII. §. 600-619. Gesterding, *Della proprietà*, pag. 405-444. - Savigny, *Trattato del possesso*, p. 99. I. B. Nothomb, *Spec. de historia juris emphyteutici apud Romanos.* Leodii, 1826. - P. Verloren, *Diss. de jure emphyteutico.* Ultraj. 1826.

(8) Questo motivo aggiunto a quello per cui il diritto romano accorda all'enfiteuta una *utilis in rem actio*, aveva di già impegnato i glossatori a nominare l'insieme dei diritti, che egli ha sulla cosa: *dominum utile*, mentre essi designavano per *dominum directum* la proprietà che conservava il *dominum*, per-

A. Così, egli ha il pieno godimento della cosa, e in conseguenza il diritto di possederla, di ritirarne tutti i frutti di cui acquista irrevocabilmente la proprietà, non per la percezione, ma per la semplice separazione (1). Egli non acquista, per vero, la proprietà delle accessioni, ma non gli si può negare su quelle un diritto enfiteutico (2). Quanto al tesoro, non vi ha diritto che come inventore (3).

B. Inoltre l'enfiteuta ha diritto di disporre della cosa. L'estensione ed effetti di questo diritto si regolano secondo le convenzioni delle parti; ma in mancanza di convezione particolare, l'enfiteuta ha:

1. Il diritto di disporre della sostanza della cosa, e di farvi cangiamenti che non la rendano deteriore (4).

2. La facoltà di concedere ad altri l'esercizio del suo diritto, d'alienare il diritto enfiteutico tra vivi, e disporne a causa di morte (5); egli può dunque dare anche in pegno la cosa e gravarla di servitù, senza il consenso del proprietario (6). La sola vendita forma eccezione. In tal caso, in fatto, l'enfiteuta deve riportare il consenso del proprietario, il quale ha il diritto di comprare a eguale offerte dell'acquirente. L'enfiteuta deve in conseguenza, notificarlo del progetto di vendita, e il proprietario può, nel corso di due mesi, usare del suo privilegio di comprare a preferenza d'ogni altro. Se durante questo spazio, egli non ha fatta dichiarazione alcuna, l'enfiteuta è autorizzato a vendere senza il consenso del proprietario; solo la vendita deve esser fatta a persona capace di coltivare e amministrare i beni enfiteutici (7).

3. In caso di morte dell'enfiteuta, l'enfiteusi passa generalmente ai suoi eredi testamentarj o ab intestato (8).

4. La legge dà all'enfiteuta, per perseguitare il suo diritto, un'azione reale utile (*utilis in rem actio*), anche contro il proprietario (9).

§. 313. III. *Delle obbligazioni dell'enfiteuta.*

Le obbligazioni imposte all'enfiteuta sono, in difetto di particolari convenzioni, le seguenti:

---

chè come vera proprietà della cosa, aveva la *rei vindicatio directa.* Per questa espressione: *dominio utile*, non bisogna intendere una vera proprietà, ma un diritto sulla cosa altrui *(jus in re aliena)* analoga per la sua estensione ed effetti, al diritto di proprietà. - C. H. Lang. *Comm. de dominii utilis natura, indole et historia, ejusque in jure romano et germano vestigiis.* Gœtt. 1793. Le opinioni degli autori su questo punto son molto discordi.

(1) Fr. 25, §. 1. D. XXII, 1.

(2) Arg. fr. 10, §. 1; fr. 32; fr. 65, D. XXIII, 3.

(3) Arg. fr. 7, §. 12, D. XXIV, 3. - Coloro che accordano all'enfiteuta una vera proprietà sono naturalmente di diversa opinione. Per esempio Glück, *Comm.* t. VIII, pag. 398; ma Malblanc, *Princ. jur. rom.* §. 415, e Schweppe non gli danno che un *jus in re.*

(4) Auth. *Qui rem*, C. I, 2. - Nov. 120, c. 8.

(5) Cost. 3, C. IV, 66. - §. 3, J. III, 24 (25). - fr. 71, §. 5, 6, D. XXX. - Cost. 1, 3, C. XI, 70.

(6) Fr. 16, §. 2, D. XIII, 7. - fr. 1, pr. D. VII, 4. - Se in seguito di convenzioni che hanno avuto luogo al momento della costituzione dell'enfiteusi (*ex lege constitutionis*), il fondo ritorna al *dominus emphyteuseos*, le servitù costituite dall'enfiteuta, senza il suo consenso, s'estinguono, per la regola: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*, fr. 31, D. XX, 1.

(7) Cost. 3, C. IV, 66.

(8) Nov. 7, Cap. 3, concordante colla Nov. 120, c. 6, §. 1. - Il diritto enfiteutico può trasferirsi anco in altri per *legato*, fr. 71, §. 5, 6, D. XXX.

(9) Fr. 1, §. 1, D. VI, 3. - fr. 12, §. 2, D. VI, 2.

1. Egli è in obbligo di sopportare *tutti* gli aggravii e imposizioni pubbliche di cui la cosa è affetta (1).

2. Deve migliorare la cosa finchè sia possibile, o per lo meno coltivarla in guisa che non risenta deteriorazione (2).

3. deve pagare il canone all'epoca stabilita e senza che gli venga domandato (3).

4. Quando il diritto enfiteutico è dall'enfiteuta trasferito in un successore particolare, per donazione, legato, permuta o vendita, il proprietario ha diritto alla 50.ª parte del prezzo, o in mancanza di questo, alla 50.ª parte della stima della cosa (*quinquagesima par pretii vel æstimationis o laudemium*) per l'accettazione del nuovo enfiteuta; gli eredi dell'enfiteuta non sono però tenuti a questa obbligazione, che in mancanza di convenzioni particolari, il nuovo enfiteuta deve dispensare (4). Ma questo *laudemium* non è dovuto se non quando il preprietario ha dichiarato di accettare il nuovo enfiteuta e non già quando nega il consenso e vi persiste durante due mesi (5).

§. 314. IV. *Della costituzione dell' enfiteusi.*

Il diritto enfiteutico s' acquista :

1. Per la concessione che il vero proprietario del fondo ne ha fatto sia per convenzione e susseguente tradizione della cosa (6), sia per disposizione d'ultima volontà.

2. Per usucapione, se è stato questo diritto concesso dal non proprietario, e se l'enfiteuta lo ha esercitato a buona fede per 10, o 20 anni, a condizione che la cosa possa venir prescritta durante questo spazio di tempo (7). Colui che possiede per lungo spazio di tempo un fondo *animo emphyteutæ*, su cui nessuno gli ha concesso un diritto enfiteutico, ma di cui egli paga il canone, acquista per l'accettazione di questo canone per parte del proprietario, una *tacita costituzione* dell' enfiteusi, e in tal caso, il lasso, di 10 o 20 anni non è precisamente richiesto.

§. 315. V. *Estinzione dell'enfiteusi.*

L'enfiteusi si estingue:

1. Allorchè la cosa per intero perisce (8).

2. Allorchè è stata concessa da colui la cui proprietà era revocabile e temporaria, in tal caso si estingue venendo questa a cessare (9).

3. Sopravvivendo il tempo o la condizione da cui la sua estinzione dipende.

4. Quando l'enfiteuta cede il suo diritto al proprietarto (10); quando per altre cagioni, il diritto dell' enfiteuta fa ritorno al proprietario (per la consolidazione), la quale ha luogo in

---

(1) Cost. 2, C. IV, 66: « neque apochas tributorum domino reddiderit ». Cost. 2, C. X, 16.

(2) Nov. 120, C. 8. Non può egli dunque esigere indennità per i miglioramenti recati alla cosa, che deve rendere nel medesimo buono stato in cui l' ha ricevuta.

(3) §. 3, J. III, 24 (25). - Cost. 2, C. IV, 66.

(4) Cost. 3, C. IV, 66. - Voet, *Comm. ad Pand.* lib. VI, tit. 3, §. 26-35. - Glück, *Comm.* t. VIII, §. 611, 614.

(5) C. 3, cit. « Novam emphyteutam in possessionem suscipere transferre ».

(6) Sul contratto enfiteutico, v. §. 384.

(7) Per analogia all'acquisto delle servitù per usucapione, v. Cost. 14, C. XI, 61. - Unterholzner, *Della prescrizione*, t. II, §. 239, pensa diversamente.

(8) §. 3, J. III, 24 (25). - Cost. 1, C. IV, 66.

(9) Per la regola : *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.* Arg. fr. 11, §. 1, D. VIII, 6. - fr. 105, D. XXXV, 1.

(10) È cosa dubbia, se l'enfiteuta possa abbandonare il fondo contro la volontà del proprietario ; vedi non ostante la Cost. 3, C. XI, 61.

specie quando l'enfiteuta muore senza eredi legali e senza disporre del fondo per ultima volontà; o quando il proprietario acquista per prescrizione la libertà della cosa.

5. Quando un terzo ha acquistato, per usucapione, la proprietà della cosa che formava oggetto dell'enfiteusi (1).

6. Infine, più sono le cagioni per le quali l'enfiteuta incorre, come in pena, nella perdita del suo diritto. Alle quali attengono le seguenti:

a) Allorchè la cosa viene deteriorata (2).

b) Stando, nella enfiteusi ecclesiastica, due anni, e tre nella laicale, senza pagare il canone, o nell'una e nell' altra arretrando il pagamento delle imposizioni pubbliche per due anni, senza mostrarne al proprietario le ricevute (3).

c) Vendendo a un terzo la cosa senza notificarne anteriormente il proprietario (4). In tutti questi casi però, il proprietario non può di sua propria autorità, espellere l'enfiteuta; ma è nell' obbligo d'intentargli contro un'azione che lo privi del suo diritto (5).

CAPITOLO QUINTO

Della Superficie (6).

§. 316. I. *Nozione della superficie.*

La *superficie* (*superficies* o *superficium*) è, per diritto romano, tutto ciò che si trova al di sopra della superficie, e che sia per arte, sia per natura, vi è talmente unito che ne forma parte; così le case, gli alberi e le vigne (7). A norma dei principii stabiliti al §. 249, il proprietario del fondo e del suolo, ha per diritto di accessione, anche la proprietà di tutto ciò che comprende la nozione della superficie (8); ma egli può concedere ad un altro un *diritto di superficie (jus superficiarum)*, per cui il superficiario acquista sulla superficie, pressochè tutti i diritti del proprietario (9). Si può, accordando il diritto di superficie, convenire d'un canone (*solarium*, *pensio*), ma esso non ha nulla che nella sua essenza lo rassomigli al canone dell'enfiteusi. Ordinariamente questo *jus in superficie* non ha luogo che nelle fabbriche erette sul suolo altrui, e qualche

(1) Unterholzner, *Della prescrizione*, t. II, §. 241. - L'enfiteuta non può, pel non pagamento del canone, acquistare la piena proprietà della cosa. Cost. 7, §. 6, C. VII, 39.

(2) Questo caso deve esser deciso dall'insieme della cosa. Nov. 120, c. 3, confrontata col fr. 13, §. 5, D. VII, 1.

(3) Cost. 2, C. IV, 66. - Nov. 7, Cap. 3, §. 2.

(4) Cost. 3, C. ibid.

(5) Donello, *Comm. jur. civ.* lib. IX, c. 15.

(6) Fonti: Dig. XLIII, 18.

Bibliografia. Donello, *Comm. jur. civ.* lib. IX, c. 16-18. - C. Ant. L. Dittmar, *Diss. de superficie notione.* Lipsiæ, 1810. - Gesterding, *Della proprietà*, p. 444-456.

(7) Fr. 32, D. XXIII, 3. - fr. 39, D. XXXI. fr. 2, D. XLIII, 18.

(8) Gajo II, 37-75. Gajo, epit. II, 1. 4. - fr. 3; §. 7, D. XLIII, 17: « *semper enim superficies solo cedit* »; §. 29, 31, J. II, 1. - fr. 2, D. XLIII, 18.

(9) Questo è il secondo caso in cui si ammette ordinariamente un dominio *diretto ed utile*.

volta anche un sol piano forma oggetto della superficie (1).

§. 317. II. *Dei diritti e obligazioni del superficiario.*

A. I diritti del superficiario sono nella maggior parte gli stessi di quelli dell'enfiteuta. Egli ha dunque:

1. Il pieno godimento della superficie in quanto che gli è stata concessa (2).

2. Egli trasmette il suo diritto ai suoi eredi ab intestato.

3. Può disporne come gli aggrada tanto tra' vivi che a causa di morte (3).

4. Può oppignorarla fin che vive il suo diritto (4) e gravarla di servitù (5).

5. La legge gli accorda, per perseguitare il suo diritto, ut *utilis in rem actio* (6), e un interdetto particolare *de superficiebus*, per farsi mantenere in possesso (7).

B. I suoi doveri consistono nell' obbligo di sopportare tutti gli aggravi e imposizioni inerenti o pesanti sulla superficie (8), e di pagare un canone (*solarium*) allorchè è stato convenuto (9). Non è obbligato al pagamento d'un *laudemium* quando aliena il suo diritto. Il superficiario è del pari obbligato a restituire la cosa, ma non è in guisa alcuna tenuto per le deteriorazioni avvenute senza sua colpa, sia per vecchiezza, sia per azzardo·

§. 318. III. *Dell'acquisto e fine della superficie.*

A. Il diritto di superficie s'acquista:

1. Per *convenzione*, quando il proprietario d'un fondo lo libera ad un altro per costruirvi una fabbrica e possederla *jurie superficiario*, o quando loca ad altri una superficie già esistente, o glie ne vende il suolo riservandosene le proprietà (10), o vendendo ad altri il suo fondo, riservandosi la superficie (11).

2. Il diritto di superficie s'acquista ancora per atto d'*ultima volontà* (*superficies legata*), ma non mai per usucapione; perchè in tal caso, si usucapisce nel tempo stesso il suolo e non può aver più luogo questione del diritto di superficie *jus in superficie* (12).

B. Il diritto di superficie cessa per le stesse cagioni dell'enfiteusi, senza però che i principii per cui uno può esser privato dell' enfiteusi possano in questa materia trovare applicazione (13).

---

(1) Fr. 3, §. 7, D. XLIII, 17.

(2) Fr. 1, pr. D. XLIII, 18: - « *ex lege locationis* ».

(3) Fr. 10, D. X, 2. - fr. 1, §. 7, D. XLIII, 18.

(4) Fr. 16, §. 2, D. XIII, 7. - fr. 9. §. 1, D. XX, 1. - fr. 15, D. XX, 4.

(5) Fr. 1, §. 9, D. XLIII, 18.

(6) Fr. 1, §. 3, 4, D. XLIII, 18; - fr. 74, D. VI, 1. - fr. 12, §. 3, D. VI, 2.

(7) Fr. 1, pr. D. XLIII, 18, - fr. 3, §. 7, D. XLIII, 17. Egli ha, per farsi restituire il perduto possesso, l'interdetto ordinario *de vi* e *de precario*; fr. 1, §. 5, D. XLIII, 16. - fr. 2, D. XLIII, 26. - Savigny, *Trattato del possesso*, §. 47.

(8) Per la conosciuta regola: *qui habet commoda debet ferre onera*; fr. 7, §. 2, D. VII, 1.

(9) Fr. 39, §. 5, D. XXX. - fr. 15, D. XX, 4. - fr. 73, §. 1; fr. 74, 75, D. VI, 1.

(10) Fr. 73, §. 1; fr. 74, D. VII, 1. - fr. 1, §. 1, D. XLIII, 18.

(11) Fr. 44, §. 1, in fine, XLIV, 7. In tal caso, la proprietà della superficie passa del pari nel compratore del fondo (*superficies transit*, *quæ natura solo cohæret*). Ma il venditore conserva un *diritto sulla superficie*.

(12) Fr. 26, D. XLI, 3.

(13) Vi sono degli autori che a motivo del fr. 15, D. XX, 4, sostengono il contrario nel caso del non pagamento del canone; ma questo passo non parla che del diritto che ha il proprietario del suolo, in prefer nza a quello di colui, al quale il superficiario ha oppignorato la superficie.

CAPITOLO SESTO

Dei diritti di pegno e d'ipoteca (1).

TITOLO PRIMO

Nozione e natura generale dei diritti di pegno e d'ipoteca

§. 319. I. *Nozione.*

Il diritto di pegno e d'ipoteca (*pignus, hypoteca obligatio rei*) è un diritto reale (2) che un creditore ha sulla cosa altrui (3), per sicurezza del suo credito, a fine di potere, ove abbisogni, alienarla per farsi pagare. Quando il creditore ottiene nel tempo stesso il possesso della cosa che forma oggetto del suo diritto, egli ha *pegno* (*pignus* nel suo vero senso); se non ne ha il possesso, egli acquista un *ipoteca* (4). Gli stessi principii, in generale, si applicano a queste due specie di diritti (5); la cosa oppignorata dicesi ancora per diritto romano, *res obligata supposita, obnoxia* (6).

§. 320. II. *Condizioni del pegno ed ipoteca.* A *Credito.*

Il diritto di pegno e d'ipoteca, è secondo la sua natura, un diritto puramente accessorio; esso dunque suppone sempre l'esistenza d'un credito cui deve servire di garanzia (7). Qual sia la natura di questo credito, o civile o naturale, il suo fine, la persona obbligata, la sua esistenza presente o futura soltanto, poco quindi

---

(1) Fonti: Paolo, *Sent. rec.* lib. II, tit. 13. - Dig. XX. - Cod. VIII, 14-35.
Bibliografia:
Sull' antico diritto: Fr. C. Conradi, *Diss.* I, II, *de pacto fiduciæ*. Helmstad. 1732, 1733, et in ejusd. Script. minor. ed. Laud. Pernice, Halæ, 1823, vol. 1. p. 177. - C. P. H. Trierbach (pr. Müller), *Historia jur. civ. de pignoribus*, sect. 1, Lips. 1714. - H. A. Zachariæ, *Comm. de fiducia*, cap. 4. Gothæ, 1830. - I. G. Stass, *De contractu fiduciæ*. Leodii, 1824.
Sul diritto nuovo: Donello, *Comm. jur. civ.* lib. IX, cap. 20. Ejusd. *Comment. ad Cod. lib. VIII*, tit. 14-35. In *Oper.* t. IX, p. 1009. - I. H. C. Erxleben, *Principia de jure pign. et hypothecarum*. Gœtt. 1779. - F. C. Gesterding, *Del diritto di pegno per diritto romano*. Greiswald, 1816. - Glück, *Comm.* part. 14, §. 851-875, part. 18, 19, §. 1074-1105. - M. F. Minguet, *Diss. hist. jur. de pignoribus et hypothecis apud Romanos*. Gandavi, 1826.

(2) Il diritto di pegno e d'ipoteca è ordinariamente un diritto reale (*jus in re*); ma solo quando cade sopra una cosa corporale; il diritto di pegno conferito per una obbligazione, conserva piuttosto la sua natura della obbligazione.

(3) Non vi è dunque realmente diritto di pegno e d'ipoteca sulla cosa propria, fr. 45, pr. D. L, 17. - fr. 29, D. XIII, 7. - fr. 33, §. 5, D. XLI, 3. - fr. 9. pr. D. XX, 6.

(4) Cicerone, *Ad divos*, XIII, 56; *De Officiis*, III, 14. - Isidoro, *Origines* III, 25.

(5) §. 7, J. IV, 6. - fr. 5, §. 1, D. XX, 1. - fr. 9, §. 2, D. XIII, 7. - fr. 238, §. 2, D. L. 16.

(6) Per esempio, fr. 11, §. 6, D. XIII. 7. - Cost. 6, C. VIII, 17. - Cost. 6, §. 2, C. V, 9.

(7) Fr. 5, fr. 25, D. XX, 1. - Cost. 1, 2, C. VIII, 33.

tutto ciò importa (1); nullameno, l'efficacia del diritto di pegno e d'ipoteca, si regola, in generale, secondo l'efficacia del credito che sta a garantire (2).

§. 321. B. *Cosa adatta al pegno.*

Tutte le cose che offrono garanzia al creditore e che possono essere alienate, sono atte a formare oggetto di pegno o d'ipoteca (3). Sotto queste condizioni le cose corporali d'ogni specie, come le incorporali, possono essere valevolmente oppignorate o ipotecate.

Fra l'incorporali s'annovera :

1. Le servitù; così non solo il proprietario d'una cosa, può dare al suo creditore, come garanzia l' usufrutto della medesima (4), ma l'usufruttuario istesso può ipotecare l' usufrutto; in tal caso però, il creditore non acquista alcun diritto d' usufrutto, ma solo la facoltà di percipere i frutti, finchè ha vita il diritto dell'usufruttuario (5); le servitù reali non possono per lo contrario essere ipotecate senza il fondo dominante (6); niente impedisce frattanto al proprietario d'un fondo di costituire al suo creditore, in pegno del credito, una servitù rustica, anche sotto condizione che questi, ove non sia pagato, possa vendere la servitù a un altro vicino (7).

2. Quando un credito è dato in pegno, il creditore, se non è pagato, può in forza del suo diritto chiedere l' alienazione del credito o intentare in nome proprio un' azione utile. Se è una somma di danaro, che forma oggetto di un credito oppignorato, ei la ritiene fino a concorrenza dell'ammontare della sua domanda; se è al contrario una cosa corporale, egli la riceve *pignoris loco* (8).

3. Infine, il creditore può oppignorare il diritto d' ipoteca o di pegno, che egli ha sopra una cosa, e in tal caso, il creditore del creditore (*creditor creditoris*) ha in preferenza a questi un privilegio sulla cosa per farsi pagare (9).

§. 322. III. *Dell'estensione del pegno e dell' ipoteca.*

Il diritto di pegno e d' ipoteca, è, secondo il suo oggetto ed estensione, o *generale (pignus generale)* o *speciale (pignus speciale)* (10).

---

(1) Fr. 5, pr. §. 2, D. XX, 1. - fr. 9, §. 1, D. XIII, 7. - fr. 14. §. 1, D. XX, 1: « Ex quibus causis naturalis obligatio constitit, pignus perseverare constituit ». - Cost. 2, C. VIII, 31: « Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota ». Quest' ultimo passo è interpetrato in modi diversi.

(2) Fr. 2, D. XX, 3. - fr. 33, D. XX. 1. Le opinioni quanto all'efficacia del diritto di pegno e d' ipoteca data in garanzia d' una obbligazione naturale sono molto divise.

(3) Fr. 9, §. 1, D. XX, 2. - Dig. XX, 3. - Cod. VIII, 17. - Glück, *Comm.* t. XIX, §. 1091.

(4) Fr. 11, §. 1; fr. 15, pr. D. XX, 1.

(5) Fr. 11, §. 2, fr. 15, pr. D. XX, 1. - fr. 8, pr. D. XX, 6.

(6) Fr. 16, D. VIII, 1. - fr. 44, D. XIX, 2.

(7) Fr. 11, §. 3; fr. 12, D. XX, 1. - Si spiega però in più modi il fr. 12, citato. V. Glück, *Comm.* t. XIV, pag. 24, t. XIX, pag. 207.

(8) Fr. 18, pr. D. XIII, 7. fr. 13, §. 2; fr. 20, D. XX, 1. - Cost. IV, C. VIII, 17. - Cost. 7. Cod. IV, 39. - Cost. 2, C. IV, 15. - I. H. Bohn. *De nominis pignore.* Gœtt. 1818. - E. Th. Gaupp, *De nominis pignore.* Berol. 1820. - Huschke, *De pignore nominis.* Gœtt. 1820.

(9) Fr. 13. §. 2; D. XX, 1. - fr. 14, §. 3, D. XLIV, 3. - Cost. 1, 2, C. VIII, 24.

(10) Le opinioni degli autori sono molto varie sulle nozioni del *pignus* speciale e generale, V. G. A. Merz. (præs. Schrader), *De vera indole divisionis hypothecarum in generales et speciales.* Tübing. 1818. - G. L. Caplik, *De generalis specialisque hypothecæ discrimine.* Gœtt. 1820. - In seguito: Baumbach, *Vertheidirung einer florentinischen Leseart in L. 2. D. qui potiores sunt pignore*, o *Comento d' una Lezione fiorentina, nella Legge 2, D. qui potiores sunt in pignore*, Jenæ, 1820.

A. Il *pignus generale s. hypotheca omnium bonorum* non esiste, almeno nel diritto romano, se non quando il patrimonio del debitore è oppignorato; questo diritto generale s'estende, ove non abbia avuto luogo alcuna convenzione in contrario, ai beni futuri che il debitore acquista dopo la costituzione del pegno o dell' ipoteca; comprende le cose di qualunque genere e specie formanti parte del patrimonio del debitore, come se fossero state designate separatamente e specialmente oppignorate; ha luogo in conseguenza anche sulle cose possedute dai terzi (1).

B. Il *pignus speciale* avviene:

1. Quando una o più cose particolari sono oppignorate. In tal caso, il diritto di pegno o d'ipoteca colpisce ciascuna cosa individuale, e passa con lei, nelle mani d'ogni acquirente (2).

2. Quando ha per oggetto una università di cose (*universitas rerum*). Se questa università consiste in cose, che secondo la lor destinazione, sono sottoposte a permuta o a commercio continuo, per esempio, in un magazzino, tutte le cose individuali ivi vendute, son libere dal pegno o dall'ipoteca (3). Ma al contrario tutto ciò che vi si aggiunge in progresso, sia per produzione, sia per compra, entra nel pegno, per tutto il tempo che l'universalità si trova nelle mani del debitore; perchè dal momento in cui passa ai suoi eredi, il diritto di pegno o d'ipoteca s'estende ancora, fuor dubbio, su tutte le cose individuali che vi sono soggette e lor produzioni, ma non già sugli acquisti fatti dagli eredi, e nel caso del successore a titolo singolare, nemmeno sui prodotti (4).

3. Quando una parte d'un patrimonio trovasi oppignorata (*pars quanta* o *pars quota*) (5).

C. Qualche volta oltre l'ipoteca generale, una cosa individua è specialmente gravata, e il creditore, se non si è espressamente riservato la scelta, deve prima d'ogni altro perseguitarla (6). Al contrario se l'ipoteca speciale s'estende a più cose individue, il creditore ha la scelta, se non ha avuto luogo alcuna particolar convenzione, di perseguitare il suo diritto sulla cosa che più gli conviene (7).

---

(1) Fr. 1, pr.; fr. 15, §. 1; fr. 34, §. 2, D. XX, 1. - Cost. 9, C. VIII, 17. - Cost. 8, §. ult. C. V, 9. - Questo punto è molto disputato fra gli autori.

(2) Fr. 18, §. 2, D. XIII, 7. - Cost. 12, C. VIII, 28. - Cost. 15, C. VIII, 14. - Ma il diritto non si estende a ciò che si è comprato col prezzo della vendita ritratto dalla cosa oppignorata; fr. 7, in fine, D. XX, 4. - Cost. 3, C. VIII, 15.

(3) Fr. 34, pr. D. XX, 1.

(4) Fr. 13, pr.; fr. 26, §. 2; fr. 29, pr. §. 1; D. XX, 1, - Cost. 3, C. VIII, 15.

(5) Per esempio, Cost. 1, C. VI, 43. - Nov. 108, C. 2.

(6) Fr. 15, §. 1, D. XX, 1. - Cost. 9, C. VIII, 28. - Cost. 2, C. VIII, 14. - I. Ch. Koch, *Diss. de concursu hypothecæ specialis et generalis*. Giess. 1782. - Glük, *Comm.* t. XVIII, p. 235.

(7) Fr. 8, D. XX, 5.

TITOLO SECONDO

Della costituzione del pegno e dell'ipoteca.

§. 323. I. *Per volontà dei privati.* A. *Condizioni.*

Il diritto di pegno, e d' ipoteca, può costituirsi per convenzione delle parti, le quali non possono gravarne che le cose di cui son proprietarj, di cui hanno per lo meno la libera facoltà di disporre; sotto questa condizione è in loro la libertà d'oppignorare la cosa, sia per lor proprio debito, sia pel debito d'altrui (1). In egual modo il comproprietario può oppignorare la sua parte della cosa comune (2), e può del pari gravare di un diritto di pegno o d' ipoteca la cosa d'altri, col consenso del proprietario (3), o colla sua ratifica (4), o pel caso in cui ne divenisse egli stesso proprietario (5). Il pegno della cosa altrui, diventa valido ogni qual volta il debitore ne diviene in progresso proprietario (6). Ma il pegno e l'ipoteca acquistan validità, se il proprietario della cosa diviene, in seguito, erede del debitore che ha costituito il pegno o l' ipoteca? È questa una questione discussa; l'opinione affermativa sembra però meritar preferenza (7). Quindi le medesime formalità volute, in certi casi, per alienare una cosa, si rendono necessarie per gravarla del diritto di pegno o d'ipoteca (8).

§. 324. B. *Modo della costituzione.*

Il pegno e l'ipoteca liberamente consentiti possono costituirsi:

1. Per *convenzione*; il *contractus pignoratitius* ha luogo nel caso del pegno, e il *pactum hypothecæ* nel caso d'ipoteca. Il primo esige, per far acquistare il diritto reale, la tradizione della cosa; il secondo esiste senza tradizione (9).

2. Per *disposizione testamentaria*; il diritto reale si acquista, in tal caso, al momento stesso della morte del testatore (10). L'intenzione di gravare una cosa del diritto di pegno o d'ipoteca, può allora essere, nell'uno e nell'altro caso espressa o tacita. L'intenzione tacita risulta dal fatto che non ammette spiegazione diversa

---

(1) Fr. 2, D. XIII, 7 - Cost. 2, 6, C. VIII, 16. - fr. 5, §. 2. D. XX, 1.

(2) Cost. un. C. VIII, 21. - fr. 3; § 2, D. XX, 4. - fr. 7, §. 4, D. X, 6.

(3) Ciò avviene *tacitamente*, quando si presta cauzione dal debitore oppignorante; fr. 5, §. 2, D. XX, 2, o quando con silenzio fraudolento, tace sul pegno od ipoteca di cui la cosa è gravata; fr. 41, in fine, D. XIII, 7. - Cost. 2, C. VIII, 15.

(4) Fr. 20, pr. D. XIII, 7. - fr. 16, §. 1, D. XX, 1.

(5) Fr. 16, §. 7, D. XX, 1.

(6) Fr. 41, D. XIII, 7. - Cost. 5, C. VIII, 16. Ma si suppone che il creditore pignoratario fosse di buona fede; perchè diversamente egli non ha che il diritto di retenzione; fr. 1, pr. in fine, D. XX, 1.

(7) Fr. 41, D. XIII, 7, confrontato col fr. 22, D. XX, 1. Si può invocare, per l'affermativa, oltre il fr. 22 citato, l'analogia della Cost. 5, C. VIII, 16, e della Cost. 14, C. III, 32.

(8) Fr. 1-3, D. XXVII, 9. - Cost. 22, C. V, 37. - Cost. 22, C. V, 70. - Cost. 1, C. V, 71.

(9) §. 7, in fine, J. IV, 6. - fr. 1, pr. D. XIII, 7. - fr. 4, D. XX, 1.

(10) Fr. 26, pr. D. XIII, 7. - fr. 12, D. XXXIV, 1. - Musset, *De jure pignoris legato*, spec. 1, 2, Heidelb. 1810, 1811.

da quella di voler gravare la cosa di un pegno o ipoteca (1).

§. 325. C. *Epoca in cui comincia* (2).

Il diritto di pegno o d'ipoteca convenzionale comincia dal momento in cui è stato stabilito, o dal momento dell'esistenza del debito (3). Il diritto concesso per testamento non ha forza che dall'epoca della morte del testatore, quand'anche il debito rimontasse a un' epoca anteriore. Se il debito non esisteva all'epoca della morte del testatore, il diritto reale, non avrebbe effetto che dal momento della creazione del debito (4).

§. 326. D. *Delle obbligazioni che garantisce.*

Il pegno e l'ipoteca liberamente consentiti, garantiscono la obbligazione principale non solo, ma ancora gl'interessi, le spese del giudizio fatte dal creditore, e le spese necessarie ed utili (5); non meno che gl'interessi convenzionali e la clausula penale stabilita *prima* della costituzione del diritto (6). Il pegno o l'ipoteca stabilita espressamente per garanzia del solo capitale, o degl'interessi, o d'una parte del debito, non garantiscono che queste sole obbligazioni (7).

§. 327. II. *Per disposizione giudiciaria.*

Il diritto di pegno e d'ipoteca, può del pari essere costituito, contro la volontà del proprietario, per disposizione giudiciaria, in due modi:

A. Per l'immissione, ordinata dal pretore, del creditore nei beni del debitore, senza che alcuna definitiva sentenza abbia avuto luogo (*missio creditoris in bona debitoris*) (8).

A questa categoria appartengono i casi seguenti:

1. L'immissione *danni infecti causa*, per garantire dal danno che potrebbe cagionare la rovina della casa vicina (9).
2. L'immissione *legatorum servandorum causa*, per garanzia d'un legato sotto condizione o a termine (10).
3. L'immissione *ventris in possessionem*, cioè l'immissione della vedova del testatore in possesso della successione, per assicurare i diritti del figlio postumo (11).
4. Infine, l'immissione *rei servandæ causa*, che ha luogo quando il convenuto non comparisce nel tempo fissato per la contestazione della lite (12).

---

(1) Per esempio, fr. 5, §. 2, D. XX, 1. - Cost. 9, C. VIII, 17. Ma la Cost. 5, C. IV, 65, non può esser dato come esempio. - Il diritto di pegno o d'ipoteca convenzionale tacita non deve esser confuso con ciò che i Romani dicono *pignus tacitum* (§. 312).

(2) C Hepp, *Diss. qua inquiritur ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat.* Lips. 1825. - Cpr. anche A. De Buchholtz, *Qui potiores sunt in pignore.* Regiom. 1829, p. 57, e seg.

(3) Fr. 1; fr. 9; fr. 11; fr. 12, §. 2, D. XX, 4. - fr. 4, D. XX, 3. - Glück, *Comm.* t. XIX, p. 332, e seg.

(4) A quell'epoca incomincia il diritto di pegno o d'ipoteca conferito sopra una cosa di cui il debitore oppignorante non acquista la proprietà che posteriormente alla costituzione del pegno o dell'ipoteca; fr. 1, pr. D. XX, 1. - fr. 3, §. 1; fr. 7. §. 1, D. XX, 4.

(5) Fr. 8, pr. §. 5, D. XIII, 7. - Cost. 6, C. VIII, 14. - fr. 13, §. 6, D. XX, 1.

(6) Arg. fr. 54, pr. D. XIX, 2, confrontato colla Cost. 4, C. IV, 32

(7) Fr. 11, §. 3, D. XIII, 7. - fr. 5, §. 1, D. XX, 2.

(8) Fr. 26, D. XIII, 7. - fr. 3, §. 1, D. XXVII, 9.

(9) Dig. XXXIX, 2.

(10) Dig. XXXVI, 4. - Codice, VI, 54. - Ciò non ha più luogo dopochè i legatarj hanno una ipoteca legale in garanzia dei loro legati (§. 313). Cost. 1, 3, C. VI, 43.

(11) Dig. XXXVII, 9.

(12) Fr. 2, D. XLII, 4.

Il diritto di pegno e d'ipoteca costituito dal pretore per l'immissione nei beni, dicesi *pignus prætorium* (1).

B. Per la *pignoris capio*, allorchè il pretore fa eseguire una sentenza che acquista forza di cosa giudicata; ciò dicesi *pignus ex causa judicati captum* (2). I moderni lo nominano *pignus judiciale*.

§. 328. III. *Per disposizione legale.*

Finalmente, in molti casi, il diritto di pegno e d'ipoteca ha direttamente per base una disposizione di legge; va esso congiunto di pieno diritto a un credito, appena esiste, e senza che sia stato espressamente costituito per garantirlo (3). Questo diritto appellavasi dai Romani *pignus quod tacite contrahitur* (4), o *tacita hypotheca* (5). I moderni lo dicono *pignus legale* (*ipoteca legale*): l'usucapione non può dar vita a nessun diritto di pegno o d'ipoteca (6).

§. 329. A. *Del diritto di pegno e d' ipoteca legale generale* (7).

I pegni e le ipoteche costitute dalla legge sono *generali* o *speciali*.

Godono del pegno ed ipoteca generale:

1. Il fisco, per le imposizioni arretrate, sui beni dei sudditi, datando dal giorno in cui le imposizioni sono scadute (8); in oltre, sui beni dei suoi amministratori, dal giorno in cui sono entrati in funzione; infine sui beni di tutti coloro che hanno con lui contrattato, per le obbligazioni risultanti dal contratto (9).

2. Lo sposo, per ragione della dote promessa, sui beni del promittente, dal giorno della celebrazione del matrimonio; se la promessa non è stata fatta in tal'epoca, il diritto dello sposo non ha vita che dal giorno della promessa (10).

3. La sposa, suoi eredi, e suo padre sui beni dello sposo, per assicurare la restituzione della dote; il lor diritto ha vita dal giorno della celebrazione del matrimonio, se a

---

(1) Nel diritto romano posteriore, dopo l'abolizione dell'antico *ordo judiciorum*, l'immissione in possesso, egualmente che la *pignorum capio*, furono di competenza non solo del pretore, ma anco di qualunque altro giudice. Nullameno l'antica parola *pignus prætorium* fu conservata. Codice VIII, 22.

(2) Fr. 31, 58, D. XLII, 1. - fr. 50, 74, §. 1, D. XXI, 2. - fr. 10, D. XX, 4. - Codice VIII, 23; VII, 53. - Chr. G. Küstner. *Diss. de pignore in causa judicati capto.* Lips. 1744.

(3) Dig. XX, 2. - Codice VIII, 15.

(4) Per la ragione che in ogni caso in cui ha luogo questo diritto, si riguarda come una tacita convenzione *(quasi id tacite convenerit)*. fr. 3; fr. 4, pr., fr. 7, pr. D. XX, 2. - Cost. 1, C. VI, 43.

(5) Cost. unica, §. 1, C. V, 13.

(6) I. B. Wankel, *Diss. de pignore usucapto.* Giess. 1786. - E. G. Schmidt, *Der Erwerb des Pfandrechts durch Verjaehrung*, o *Dell' acquisto del pegno e dell' ipoteca per usucapione.* Jena, 1788. Questi due autori sono d'opinione contraria; ma si veda: Thibaut, *Von der Verjæhrung*, o *Della prescrizione*, §. 37. - Unterholzner, *Verjæhrungstehre*, o *Della prescrizione*, t. II, §. 247, 248.

(7) Sulle ipoteche legali, v. T. A. Meissner, *Vollstaendinge Darstellung der Lehre vom stillschweigendem Pfandrechte*, o *Esposizione del diritto di pegno o d' ipoteca legale*, part. 2. Leipz. 1803 e 1804. - Glück, *Comm.* t. XVIII, XIX, §. 1086-1089. - C. A. H. Michiels van Verduynen, *Diss. de hypothecis legalibus in jure romano.* Leodii, 1824. - Gesterding, *Del pegno ed ipoteca*, §. 21, 22.

(8) Fr. 5, §. 2, D. L, 15. - Cost. 1, C. IV, 46. - Cost. 1, C. VIII, 15. - A. De Buchholtz, *Qui potiores sunt in pignore.* Regiom. 1826, pag. 41.

(9) Fr. 46, §. 3; fr. 47, pr. D. XLIX, 14. - Cost. 2, 3, C. VII, 73. - Cost. 2, C. VIII, 15.

(10) Cost. un. §. 1, C. V. 13.

quest' epoca la dote è stata costituita; diversamente dalla costituzione di lei; lo stesso dicasi dell'aumento di dote, dal giorno in cui è stata aumentata (1); in oltre, per la donazione a causa di nozze (*donatio propter nuptias*), sui beni del promittente (2); infine per i suoi beni parafernali (*parapherna*), sui beni dello sposo, dal giorno in cui glie ne è data l'amministrazione (3).

4. I figli di primo letto, sui beni del marito della madre loro, in garanzia delle dimande da farsi contro questi per la gestione della lore tutela; questo diritto esiste dal giorno in cui la madre ha contratto il secondo matrimonio (4).

5. I figli sui beni del lor padre o madre, per assicurare i diritti che hanno sopra i *lucra nuptialia*, dell'uno o dell'altra, di cui la proprietà loro appartiene, sia all' epoca della dissoluzione del matrimonio dei loro genitori, sia quando il genitore che ne ha fatto acquisto, passa a un secondo matrimonio, e perde, perciò, la proprietà dei beni devoluti ai figli (§§. 535 b. e 536). Questo diritto di pegno e d'ipoteca ha luogo nel primo caso, allo scioglimento del matrimonio, nel secondo caso, non al momento della celebrazione del secondo matrimonio, ma dal momento in cui il genitore che si rimarita ha acquistato la proprietà dei *lucra nuptialia* che passano ai figli (5).

6. I figli, sui beni del padre che amministra il lor patrimonio proveniente dalla madre o dagli ascendenti materni (*bona materna et materni generis*): il loro diritto ha vita all'epoca in cui il padre ha presa l'amministrazione (6).

7. Gl'impuberi, i minori e i pazzi, sopra i beni dei loro tutori e curatori, per le obbligazioni risultanti dalla gestione della tutela, incominciando dal giorno in cui è stata intrapresa o che doveva esserlo (7).

8. Chi acquista un legato lasciato a un vedovo o vedova, sia per parte del marito estinto, sia da un terzo, sotto condizione di non passare a nuove nozze, ha, se questa condizione non è osservata, e dal momento in cui è infranta, un diritto di pegno e d'ipoteca sui beni del vedovo o della vedova (8).

9. La Chiesa, sui beni dell'enfiteuta per le deteriorazioni cagionate all'enfiteusi, contando dal momento in cui sono avvenute (9)

---

(1) Cost. un. §. 1, C. cit. - Cost. 19, C. V, 3, §. 29, J. IV, 6.

(2) Nov. 109, C. 1.

(3) Cost. 2, C. V, 14.

(4) Cost. 2, C. V, 35. - Cost. 6, C. VIII, 15.

(5) Cost. 6, §. 2; Cost. 8, §. 4, 5, C. V, 9. - Nov. 22, C. 24. - Nov. 98, C. 1, 2.

(6) Questo luogo è però molto controverso. La opinione generale si basa sulla Cost. 6, §. 1, 2, 4, C. VI, 61. - Glück, part. 19, pag. 134. - Thibaut, *Systeme*, §. 643. - Coloro che difendono la contraria opinione, pretendono che la Cost. 6, §. 4, citata non intenda parlare che dei *lucra nuptialia*.

(7) Cost. 20, C. V, 37. - Cost. unica, §. 1, C. V, 13. - Cost. 7, §. 5, C. V, 70. - Nov. 118, C. 5 in fine. Henr. God. Bauer, *Diss. ex quo tempore tacita hypotheca pupilli bona tutoris afficiat.* Lips. 1761. - T. van Wessel, *Diss. de bonis tutorum tacita hypoteca devinctis.* Traj. ad Rhen. 1805. - I prodighi, gli ammalati, i deboli, del pari che gli assenti non hanno ipoteca legale sui beni del lor curatore. Essi hanno, ad eccezione degli assenti, un *privilegium exigendi;* fr. 19-23, D. LXII, 5. - Biben, *Diss. de legatis pupillorum et eorum, quibus bonis interdictum est hypoteca.* Grœn. 1819, è d' opinione contraria.

(8) Nov. 22, C. 44, §. 2, 8. Gli autori non sono d'accordo sulla natura legale di questo diritto di pegno e d'ipoteca, p. 65.

(9) Nov. 7, cap. 3, §. 2.

§. 330. B. *Del diritto di pegno e d'ipoteca legale, speciale.*

Hanno un diritto di pegno, e d'ipoteca legale speciale:

1. Il locatore d'un fondo urbano, il quale comprende non solo ogni fabbrica, ma ancora ogni luogo nudo e non destinato a cultura, in ragione dei suoi diritti risultanti dal contratto di locazione, su tutte le cose che il pigionale porta nel fondo locato (*invecta et illata*); il suo diritto esiste dal momento del loro trasporto (1).

2. Il locatore d' un fondo rustico, che non comprende che i fondi destinati alla coltura, su tutti i frutti percetti dal fittajuolo, dal giorno della percezione (2). Questi due eguali diritti competono al subaffittante, senza che i diritti del primo possano in guisa alcuna venir ristretti (3).

3. Chi ha fornito del danaro per ricostruire una casa (*ad restitutionem ædium*) ha un diritto di pegno e d'ipoteca speciale sulla fabbrica restaurata e sul fondo che la sostiene (*pignus insulæ*); ma è necessario, per esercitar questo diritto, che il danaro sia stato fornito espressamente per la ricostruzione della fabbrica, poco importando allora che sia in ciò stato o no realmente impiegato. Questo diritto ha vita dal momento in cui s'incomincia a riedificare (4), e non può invocarsi da colui che ha fornito danaro per la costruzione d'un edifizio totalmente nuovo, nè da colui che ha prestato i materiali o l'opera (5).

4. I pupilli, sulla cosa che il tutore o il terzo ha comprata col loro danaro (6); ma si richiede che questo danaro, non sia stato somministrato al tutore o al terzo, a titolo d' imprestito; perchè in tal caso, il pupillo non eserciterebbe un diritto di pegno e d' ipoteca, che essendo stipulato (7).

5. I legatarj e i fideicommissarj, per assicurare il lor legato e fidecommesso, sui beni di colui che è incaricato del legato e del fidecommesso dal testatore: ma questo diritto non si estende ai beni propri dell' incaricato. Se il legato o il fidecommesso è imposto a più, il diritto di pegno e d' ipoteca s'applica, per parte del legato che ciascuno deve sopportare, ai beni che il testatore gli ha lasciato (8).

---

(1) Fr. 2 - 9, D. XX, 2. - fr. 32, D. XX, 1. - fr. 11, §. 2, D. XX, 4. - Cost. 5, C. IV, 65. - Cost. 5, C. VIII, 15.

(2) Fr. 7, pr. D. XX, 2. - fr. 24, §. 1; fr. 53, D. XIX, 2.

(3) Fr. 11, §. 5, D. XIII, 7. - fr. 24, §. 1; fr. 53, D. XIX, 2.

(4) Fr. 1. D. XX, 2. - fr. 24, §. 1, D. XLII, 5. - fr. 11, D. XIII, 7. - Ma per dar luogo al diritto del privilegio e d'ipoteca al tempo stesso, bisogna provare che il danaro fu impiegato pel fine cui era destinato. Nov. 97, cap. 3.

(5) Perchè non ha diritto d' ipoteca sull'edifizio, se non quando è stato stipulato.

(6) Fr. 7, pr. D, XX, 4. - fr. 3, pr. D. XXVII, 9. - Cost. 5, C. VII, 8. - Vi sono molti autori che accordano questo diritto anche ai *minori*, cagione del fr. 2, D. XXVI, 9, e della Cost. 3, C. V, 51. - Glück, *Comm.* part. 19, p. 47, 288. Ma v. A. De Buchholtz, *Comm. qui potiores sunt in pignore*, p. 36.

(7) Cost. 17, C. VIII, 14.

(8) Cost. 1, 3, C. VI, 43. - Nov. 108, C. 2. - Becker, *De actione hypothecaria legatariis ex L. I., C. communi de leg. contra coheredes competente non ipso jure divisa.* Gryph. 1768, e Glück, *Comment.* part. 19, pag. 179 e seg. Questi due autori pretendono che questo diritto di pegno e di ipoteca non abbia luogo a *prorata* sulla parte di ciascuno dei coeredi, ma che in tal caso, come in tutti gli altri, sia indivisibile.

TITOLO TERZO

Effetti e diritti del pegno e d'ipoteca.

§. 331. 1. *Generalità.* A. *Diritti del debitore.*

Colui che, per un debito suo proprio o per quello di un terzo, ha concesso a un altro un diritto di pegno o d'ipoteca sulla sua cosa, ne resta proprietario come per l'avanti (1), in conseguenza:

1. Egli può servirsi della cosa oppignorata o affetta d' ipoteca e perciperne i frutti, a menochè per una convenzione tutta particolare, non abbia trasferito al creditore il diritto di percipere i frutti della cosa in luogo d' interessi. Una simile convenzione dicesi *anticresi* (*anticresis*) (2), e può aver luogo espressamente e tacitamente. Tacitamente quando uno dà al creditore in pegno o ipoteca, il possesso di una cosa fruttifera; in tal caso, il creditore ha il diritto di ritener questi frutti fino a concorrenza dell'interesse legale, quand'anche non fosse stato convenuto (3).

2. Il debitore ha ancora il diritto di alienare la cosa, ove non sia stato convenuto il contrario (4), ma questa alienazione non può estendere il diritto di pegno o d' ipoteca di cui

---

(1) Fr. 35, §. 1, D. XIII, 7. - Il fr. 31, §. 2, D. XX, 1, ne somministra una conseguenza.

(2) Fr. 11, §. 1, D. XX, 1. - fr. 33, D. XIII, 7. — C. Hanker, *Diss. de vera indole et natura antichreseos.* Giess. 1783. - G. C. Wichelhausen, *Analecta quædam ex antichresi collecta.* Goett. 1792. - Glück, *Comm.* part. 14, §. 870. - Gesterding, *Del pegno ed ipot.* §. 30.

(3) Fr. 8, D. XX, 2: « cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratæ ad modum legitimum usuras retinere ». Glück, *Comm.* part. 14, p. 50, è d'opinione contraria a causa del fr. 7, D. XIII, 7. - La questione: *Se, e in qual caso il creditore che riceve una cosa a titolo d'anticresi, debba render conto dei frutti percetti, e imputare sul capitale ciò che oltrepassa le usure legali*, deve risolversi nel modo seguente: bisogna distinguere:

1. Se il debitore ha dato in pegno al creditore, che gli ha imprestato un capitale senza interessi, una cosa fruttifera, questi può ritenere i frutti fino a concorrenza degli interessi legali; egli deve dunque, in tal caso, render sempre conto (fr. 8 citato).

2. Ma se egli ha dato, per debito fruttifero, espressamente un anticresi al creditore, bisogna distinguere tre casi:

a. Si dà al creditore, per interessi, i frutti *naturali* del fondo oppignorato; egli non deve allora render conto alcuno (Cost. 17, C. IV, 32); a menochè non sia intervenuta una convenzione particolare (fr. 1, §. 3, D. XX, 1), o che il contratto d'anticresi non sia stato concluso che per celare un' usura (Cost. 26, §. 1, C. IV, 32).

b. Si son fissati gl' interessi; in tal caso il creditore deve sempre render conto a imputare il di più sul capitale, perchè è indifferente che il debitore paghi gl'interessi in contanti, o dia il mandato al creditore di perciperli;

c. Il debitore non accorda gl'*interessi*, ma il creditore ha l' uso della cosa, per esempio, egli abita la casa oppignorata. Se in tal caso fa uso per sè della cosa, non è mai obbligato a render conto; ma se la loca ad altri, egli è sempre tenuto a renderlo (Cost. 14, C. IV, 32). - Cpr. J. Gottl. Hort, *Diss. de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto antichretico jure romano non fundata.* Helmst. 1755.

(4) Fr. 7, §. 2, D. XX, 5.

la cosa è gravata (1). Nullameno, il diritto romano considera come un furto, l'alienazione della cosa mobile data in pegno o specialmente in ipoteca, allorchè è fatta contro la volontà del creditore o senza ch' egli n'abbia cognizione (2).

3. Infine, il debitore che al momento in cui grava la cosa, non ne è proprietario, ma trovasi in *condictione usucapiendi*, continua e compie l'usucapione durante il tempo che la cosa è oppignorata, o ipotecata (3).

§. 333. B. *Dei diritti del creditore.*
I. *In generale.*

I diritti del creditore sono:

1. Diritto reale sulla cosa oppignorata o ipoteca; il pegno convenzionale gli dà in oltre il possesso proprio agli interdetti (*possessio ad interdicta*) (4); il pegno pretorio gli assicura la sola detenzione (5) e la semplice ipoteca non gli dà nè possesso, nè detenzione.

2. Diritto di ritenere, fino all' intero pagamento del debito, la cosa oppignorata (6), e come il diritto di pegno e d'ipoteca, è un diritto reale che affligge la cosa, egli può perseguitarla contro ogni possessore della cosa (*diritto di persecuzione*) (7).

3. Può oppignorare la cosa gravata; o meglio il diritto di pegno e d'ipoteca a lui concesso; di qui il *subpignus* (8).

4. Infine, se nel tempo determinato il debitore non ha soddisfatto al suo debito, il debitore è in diritto di vendere la cosa e di farsi pagare sul ritratto della vendita (*jus distrahendi pignus*). Finchè non è soddisfatto (9), egli conserva questo diritto, che può, in vero, esser ristretto per convenzione o testamento (10), ma che non può in guisa alcuna essergli tolto per intero (11). La legge però vieta la convenzione per cui la proprietà d'una cosa oppignorata, ove il debitore non paghi alla scadenza fissata, debba appartenere *ipso jure* al creditore senza distrazione e stima, e il debitore s'intenda decaduto dal diritto di riscattarla (*les commissoria s. pactum commissorium*) (12).

§. 334. 2 *Della vendita del pegno in particolare* (13).

Esaminando la vendita che il cre-

---

(1) Fr. 18, §. 2, D. XIII, 7. - Cost. 12, C. VIII, 28. - Cost. 14, C. VIII, 14. - Nov. 112, C. 1. - Gesterding, *Del pegno ed ipoteca*, §. 23.

(2) Fr. 19, §. 6; fr. 66, pr. D. XLVII, 2. - fr. 3. §. 1, D. XLVII, 20.

(3) Fr. 16, D. XLI, 3.

(4) Fr. 16, D. XLI, 2 - fr. 3, §. 15, D. X, 4.

(5) Fr. 3, §. 8, D. XLIII, 17. - fr. 3. §. 23, D. XLI, 2.

(6) Il creditore usa di questo diritto di retenzione non solo per assicurare il pagamento del debito principale, di cui una cosa è gravata, ma ancora per gl'interessi e spese fatte, durante il suo possesso, fr. 8, pr. §. 5, D. XIII, 7. - Egli può egualmente far uso di questo diritto per altri debiti, a cui la cosa non è affetta, ma solo contro il debitore e suoi eredi, e non contro altri creditori pignoratarj posteriori. Cost. un. C. VIII, 27.

(7) Fr. 16, §. 3, D. XX, 1. - Cost. 14, C. VIII, 14.

(8) Cost. 1, C. VIII, 24. - fr. 13, §. 2, D. XX, 1.

(9) Cost. 6, C. VIII, 28.

(10) Fr. 4, 5, D. XIII, 7.

(11) È questa la ragione che rende nulla la convenzione, *ne omnio pignus distrahatur*; - fr. 4, D. XIII, 7. - Il creditore non può esser forzato a vendere il pegno; fr. 6, pr. D. XIII, 7.

(12) Cost. 3, C. VIII, 35. - Avanti la Cost. 3, citata (di Costantino), il patto commissorio era permesso in caso di pegno. - Cicerone, *Ad div.* XII, 56. - fr. 81, pr. D. XVIII, 1. - fr. 16, §. 9, D. XX, 1. - Paolo, II, 13. - Cf. Ch. G. Riccius, *De pacto commissorio circa pignora*, Jenæ, 1743. - Gluck, *Comm.* parte 14, §. 869. - Gesterding, §. 32.

(13) Paolo, *Sent. rec.* II, 5. - D. XX,

ditore fa della cosa a lui oppignorata o ipotecata, due punti debbono esser presi in considerazione: la *forma* della vendita e suoi *effetti*.

1. Quanto alla forma, il creditore ha il diritto di vendere la cosa senza autorizzazione del tribunale (1) limitandosi ad annunziarlo pubblicamente e a darne avviso al debitore. Egli, deve in oltre, osservare il tempo legale che il diritto romano determina nel modo che appresso:

a) Allor quando nel costituire il pegno o l'ipoteca, è stato espressamente convenuto che il creditore, ove non sia pagato all'epoca stabilita, potrà vendere la cosa (*si pactus est ut distrahatur pignus*); egli ha diritto di farlo incontanente (2).

b) Quando niuna clausula speciale ha avuto luogo per la vendita della cosa, *ne distrahatur pignus*, il creditore è tenuto, secondo l'antico diritto, di dare scaduto il debito, per tre volte avviso innanzi di poter vendere la cosa (3). Giustiniano cangiò l'antico diritto, e nella sua costituzione, ordinò che un solo avviso bastasse, e che due anni dopo il creditore potesse procedere alla vendita (4).

c) Quando il pegno offerto in vendita non trova compratori, il creditore può farsene aggiudicare la proprietà, dopo averne fissato il valore per tribunale; ma in tal caso, il debitore conserva per due anni il diritto di riscatto (5).

2. La vendita della cosa oppignorata o ipotecata, colle forme e nel tempo voluto dalla legge (6), produce i seguenti effetti:

a) Il creditore può esigere il pagamento integrale del prezzo della vendita; il sopra più appartiene al debittore (7), o al creditore pignoratario o ipotecario successivo (8). Il debitore però resta obbligato verso il creditore, pel di più, allorchè il prezzo della vendita, non giunge all'ammontare del debito (9).

b) La proprietà del pegno venduto passa per tradizione nel compratore, se il debitore ne aveva la proprietà (10); passa libera d'ogni diritto di pegno e d'ipoteca, che s'estinguono per l'alienazione che il creditore fa della cosa gravata (11).

§. 335. II. *Del concorso di più creditori pignoratarj o ipotecarj.* 1. *Regola generale.* A. *Dell' anteriorità* (12).

Quando più creditori hanno un diritto di pegno o d'ipoteca sulla cosa

---

5. - Codice VIII, 23, 28, 29, 30, 34. - Gesterding, §. 25-28.

(1) Cost. 4, 9, C. VIII, 28. — Il *pignus ex causa judicati captum*, fa solo eccezione a questa regola, Codice VIII, 23.

(2) §. 1, J. II, 8. - Cost. 3, §. 1, C. VIII, 34.

(3) Paolo, V, 1. - fr. 4, 5, D. XIII, 7.

(4) Cost. 3, §. 1, C. VIII, 34. Così nel caso in cui è stato convenuto *ne distrahatur pignus*, si richiedono tre avvisi preventivi e il lasso di due anni, dopo l'ultimo avviso.

(5) Cost. 3, §. 2-6, C. VIII, 34. - fr. 15, §. 3, D. XLII, 1. - Cost. 2, C. VIII, 23.

(6) Allorquando queste condizioni non sono state osservate, o quando il creditore non aveva diritto di vendere, o quando agivasi con dolo (*dolose*) in detrimento del debitore, la vendita era senza effetto e il creditore era obbligato alla refazione dei danni. Codice, VIII, 30.

(7) Fr. 8, §. 5; fr. 24, §. 2; fr. 35, pr.; fr. 42, D. XIII, 7. - fr. 9, pr. D. XX, 5. - Cost. 3. §. 4, C. VIII, 34.

(8) Fr. 12, §. 5; fr. 20, D. XX, 4. - Cost. 3, §. 4, C. VIII, 34.

(9) Cost. 3, §. 4, C. VIII, 34. - Cpr. Cost. 3, 9, C. VIII, 28.

(10) Perchè il debitore non può, per la vendita, trasferire nel compratore che il *diritto* di cui egli godeva. Così se non ritiene che il possesso di buona fede, non può trasmettere la proprietà. Arg. fr. 54, D. L. 17.

(11) Cost. 13, C. VIII, 28. - Cost. 1, C. VIII, 20. - Cost. 6, 7, C. IV, 10.

(12) Dig. XX, 4. - Codice VIII, 18. - Nov. 97, C. 3, 4. - Gesterding, §. 33.

medesima o sullo stesso patrimonio (1), e che il prezzo della vendita non basta per pagarli tutti per intero, trattasi di vedere *quale abbia preferenza sugli altri*. Bisogna qui applicare la regola, che il diritto di pegno o d'ipoteca anteriore, vince il posteriore (2). Questa regola però va soggetta alle seguenti eccezioni:

1. Quando il creditore oppignora ad un altro la cosa affetta dal pegno o dall'ipoteca, il creditore del creditore deve, in tal caso, esser sempre preferito (3).

2. Allorchè il debito che forma oggetto dell'ipoteca posteriore è destinato a preservare dalla rovina la cosa gravata a profitto d'un altro; l'ipoteca posteriore vince allora l'anteriore (4).

3. Vi sono dei diritti di pegno o d'ipoteca cui le leggi danno un diritto di preferenza particolare (*privilegium, jus prœlationis*) e che per ciò vincono tutti gli altri per quanto anteriori (5).

§. 336. 2. *Delle ipoteche privilegiate.* a. *Ipoteche legali privilegiate.*

I privilegj che la legge accorda a certe ipoteche s'estendono tanto alle ipoteche *legali* che alle *convenzionali* (6).

Fra le *ipoteche legali* citate nei §§. addietro, le seguenti sono le sole privilegiate:

1. Quella del fisco per l'imposizioni arretrate (7), e razioni militari (8). I diritti di pegno e d'ipoteca appartenenti al fisco sui beni di coloro che contrattano con lui, sono egualmente privilegiati; ma questo privilegio non può essere opposto ai creditori ipotecarj privilegiati anteriori, del debitore, e solo ha forza contro coloro i cui diritti hanno vita nel tempo stesso che quelli del fisco, questo principio trova specialmente applicazione quanto ai beni che il debitore acquista posteriormente al contratto fatto prima di quello del fisco (9).

2. L'ipoteca della moglie sui beni del marito; per garanzia della sua dote (10). Questo privilegio introdotto da Giustiniano, non passa come l'ipoteca stessa agli eredi della donna e suoi discendenti, come comunemente si crede; neppure compete alle persone che possono domandare la restituzione della dote; non può invocarlo che la donna, intentando azione per la restituzione della dote. Un caso solo forma eccezione a questa regola: quando i figli di primo letto si trovano, per la dote della madre loro, in concorso colla seconda moglie del padre loro; la legge accorda loro con-

---

(1) Bisogna guardarsi dal confondere questo caso con quello, in cui la cosa medesima è oppignorata a più persone *in comune*. Ciascuna non ha, in tal caso, diritto che alla sua parte e porzione; fr. 16, §. 8, D. XXI, 1.

(2) Fr. 11, pr. §. 1; fr. 12, §. 2, D. XX, 4. - Cost. 8, C. VIII, 18.

(3) Fr. 13, §. 2, D. XX, 1. - C. 1, C. VIII, 24.

(4) Fr. 5, 6, D. XX, 4.

(5) Non si può, nullameno, far valere questi privilegj che contro i diritti di pegno o d'ipoteca posteriori, che lo *stesso* debitore o che la legge ha costuiti sulla cosa, ma non già contro coloro, che sono stati costituiti da un proprietario anteriore. Questa questione però è stata vivamente disputata.

(6) C. L. Runde, *De historia, indole ac vi remediorum securitatis, quibus jure romano prospectum est creditoribus per privilegia personalia, hypothecas tacitas et privilegia hypothecarum*. Goett. 1794. - Dabelow, *Vom concurse*, o *del concorso*, ch. 8, 11. - Gesterding, §§. 31, 35, 36. - Schweppe, *Vom concurse*, o *del concorso*, §§. 70, 71.

(7) Cost. 1, C. IV, 46. - Cost. 3, C. VII, 73.

(8) Cost. 3, C. XII, 63. - Codice Theod. VII, 4. - Cod. Just. XII, 38.

(9) Fr. 28. D. XLIX, 14. - Cost. 2, C VII, 73. - *Frag. veteris Jcti de jure fisci*, . 5. Vi ha chi professa una contraria opinione, specialmente a cagione del fr. 21, pr. D XX, 4.

(10) Cost. 12, §. 1, C. VIII, 18. - Nov. 97, cap. 2, 3. - Nov. 109, cap. 1.

tro questa, il *privilegium dotis* della propria madre (1). La fidanzata, allorchè il matrimonio non ha avuto luogo, non può invocare questo privilegio (2), ma non si può negare alle femmine ebree (3).

3. L'ipoteca del pupillo sulla cosa che il tutore o un terzo ha comprato coi denari di lui (4).

4. Infine, l'ipoteca di colui che ha fornito del danaro per la riedificazione d'una casa (*ad restitutionem ædium*), allorchè questo denaro vi è stato realmente impiegato (5).

§. 337. *Delle ipoteche convenzionali privilegiate.*

Fra le *ipoteche convenzionali*, tutte quelle che hanno per base un *versio in rem* in favore della cosa ipotecata, sono privilegiate. Tutte le volte in fatti, che per un debito ipotecario, si fa una *versio in rem oppignoratam*, il diritto d'ipoteca che deve garantirlo, esercita un privilegio sulle altre ipoteche tanto legali che convenzionali; ma non s'estende al di là della *versio in rem* (6).

A questo caso appartengono in particolare:

1. L'ipoteca di colui che per l'acquisto d'una cosa, per la costruzione d'una casa o per la sua conservazione o miglioramento, per l'equipaggio d'un vascello, per l'acquisto d'una *militia*, ha prestato denaro o altre cose, come materiale, od opere e ha stipulato una ipoteca sulla cosa; ma bisogna che questa convenzione sia stata fatta al momento dell'imprestito e che l'impiego abbia realmente avuto luogo (7).

2. L'ipoteca che il venditore d'un immobile si riserva, fino al pagamento del prezzo della compra (8).

§. 338. c. *Preferenze delle ipoteche privilegiate fra loro.*

Quando vi è concorso fra più ipoteche privilegiate, debbono esser disposte colla collazione seguente:

1. Il fisco per le imposizioni pubbliche, e razioni militari, vince tutte le altre ipoteche, anco anteriori (9).

---

(1) §. 29, in fine, J. IV, 7. - Cost. 12, §. 1, C. VIII, 18. - Nov. 91, c. 1. - Auth. *Si quid*, C. VIII, 18. - L'opinione comune che sembrava esser prevalsa anche nella giurisprudenza alemanna, che il *privilegium dotis*, passi, *in tutti i casi*, nei discendenti della donna, è difesa da Kamptz, *Revision der Lehre vom Uebergang des Brautschatz-Privilegiums auf die Descendenten der Ehefrau.* Berlino, 1811, e da Glück, *Comm.* part. 27, p. 170 e seg., come da A. De Buchholtz, *Qui potiores sunt in pignore.* Regiom. 1829, p. 16-27.

(2) La ragione è, che l'ipoteca legale in garanzia della dote non comincia che dalla celebrazione del matrimonio, e che fin a tal epoca non può esservi questione di privilegio. Il fr. 17, §. 1, D. XLII, 5, e il fr. 74, D. XXIII, 3, non parlano che dell'antico privilegio personale *non exigendi* contro i creditori non ipotecarj del marito. Esso appartiene del pari alla fidanzata.

(3) Arg. Cost. 8, C. I, 9. La questione è però combattuta.

(4) Fr. 3, pr. D. XXVII, 9. - fr. 7, pr. D. XX, 4. - Cost. 6, C. VII, 8.

(5) Fr. 1, D. XX, 2. - fr. 24, §. 1, D. XLII, 5. - Nov. 97, c. 3.

(6) Ciò ha luogo egualmente nelle ipoteche *legali* di questa specie.

(7) Fr. 5, 6, 21, §. 1, D. XX, 4. - Cost. 7, C. VIII, 18. - Cost. 17, 27, C. VIII, 14. - Nov. 53, cap. 5. - Nov. 97, cap. 3, 4. - J. Rumpel, (Pr. J. Ch. Koch), *Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata.* Giess. 1772. - B. F. Pfizer, *Diss. de pignore privilegiato, quod mutuando ad rem comparandam acquiritur.* Stuttg. 1792. - Schweppe §. 70. - Gesterding, pag. 278. - De Buchholtz, p. 27.

(8) Arg. Cost. 7, Cod. VIII, 18. Il venditore è qui riguardato, come se avesse imprestato denaro per compra dell'immobile. Glück, *Comment.* part. 19. p. 311.

(9) Cost. 1, C. IV, 46. - Cost. 4, C. VIII, 15. - Cost. 3, C. XII, 63. Vi ha chi sostiene che il privilegio della donna maritata prevalga a quello del fisco. V. Glück,

2. Chi ha dato un fondo per acquistare una *militia*; ma bisogna che per atto firmato da testimonj siasi riserbato la prelazione sugli altri creditori, senza ciò vien dopo la moglie (1).

3. La moglie per la sua dote; essa ha a tal oggetto un privilegio su tutti i creditori privilegiati. Quando vi ha concorso fra i diritti dotali di due mogli, quella di primo matrimonio e suoi figli, vince quella del secondo (2).

4. Dopo il fisco e la moglie, vengono i creditori privilegiati, che possono provare che il lor credito ha servito alla utilità della cosa ipotecata (3). Fra le ipoteche di questa specie, l' anteriore vince l' altre, a menochè l'ipoteca posteriore non sia stata presa per preservare dalla rovina una cosa già ad altri oppignorata; in tal caso la posteriore ottien preferenza (4). Quanto alla prova dell' anteriorità delle ipoteche costatate per atti, colui il diritto del quale è costituito per un atto autentico o privato, firmato da tre testimonj ineccezionabili, ha preferenza sull' altro che non prova la sua ipoteca che per atto privato, quando pure fosse anteriore all'altro (5).

5. Il fisco, pei suoi diritti resultanti dal contratto ordinario, occupa l'ultimo posto fra le ipoteche privilegiate.

§. 339. 3. *Ipoteche non privilegiate.*

Alle ipoteche privilegiate, succedono le non privilegiate, senza distinguere se siano legali, convenzionali o testamentarie.

Le regole seguenti determinano la loro anteriorità:

1. L' anzianità primieramente decide.

2. L'ipoteca anteriore vince la posteriore (6). Ma allorchè trattasi di provare per titolo, e far valere contro gli altri creditori ipotecarj, l'anzianità dell' ipoteca, colui che può provare il suo credito per la cui garanzia ha un' ipoteca legale o convenzionale, sia per atto autentico *(ex istrumento publico)*, sia per atto privato, portante egualmente la firma di tre testimoni ineccezionabili *(ex instrumentis quasi publice confecto)*, deve esser preferito a colui che non reca in prova della sua ipoteca che un atto sotto firma privata (7). Ma fra più ipoteche costituite per istru-

---

Comm. part. 19, p. 269 e seg. - De Buchholtz, pag. 9, 41.

(1) Nov. 97, C. 4.

(2) Cost. 12, §. 1, C. VIII, 18. - Nov. 91, cap. 1. - Nov. 97, cap. 3. - Nov. 109, cap. 1. - §. 29, J. IV, 6.

(3) Nov. 97, cap. 3, 4.

(4) Fr. 5, 6, D. XX, 4.

(5) Cost. 11, C. VIII, 18. - Auth. *Si quis vult.* C. ibid. - Thibaut e Zimmern, sono pure di questa opinione; ma Schweppe non vuole che le ipoteche costituite per atto pubblico, abbiano preferenza su quelle nascenti da atto privato.

(6) Fr. 11, pr. D. XX, 4. - Cost. 8, C. VIII, 18, Cpr. fr. 2; fr. 12, §. 2, 10; fr. 16, D. ibid. - De Buchholtz, p. 56.

(7) Cost. 11, C. VIII, 18. - Auth. *Si quis vult.* C. ibid. Gli autori sono molto divisi sul senso ed estensione della Cost. 11, C. cit. V. C. Hofacker. *Diss. de prærogativa pignorum publicorum.* Tübing, 1780. - A. De Klopper, *Diss. de hypotheca publica.* Lugd.-Batt. 1811. - Thibaut, Zimmern, Schweppe, Gesterding, Glück, hanno in pari modo trattata la questione. La maggior parte non applica questa costituzione che alla priorità delle ipoteche *convenzionali* fra loro. Loehr, ha tentato provare che questa Cost. si estende a *tutte* le ipoteche, in conseguenza anco alle ipoteche legali e giudiciali, e che la ipoteca legale è quella la di cui esistenza può esser provata per atto pubblico o quasi pubblico, e che tutte le altre sono ipoteche private. Spangenberg e Gesterding, sono di questa opinione. Schweppe, Seuffert, Franke De Buchholtz la rigettano.

menti pubblici, la più antica vince la posteriore (1).

2. Quando eguale è l'anzianità di più ipoteche, quello che trovasi in possesso della cosa deve essere agli altri preferito (2).

3. Se niuno è in possesso, concorron tutti *pro rata* del lor credito (3).

§. 340. B. *Diritti del creditore primo in collocazione.*

Il creditore ipotecario che, per una ragione qualunque vince un altro creditore, ha diritto d'essere interamente pagato sulla cosa ipotecata, quand'anche nulla rimanga per chi è collocato dopo di lui. Egli può dunque, senza autorizzazione di questi, procedere alla vendita del pegno (4). Ma il creditore collocato posteriormente; non può in generale, senza autorizzazione di colui che lo precede, vendere la cosa oppignorata o ipotecata, a meno che questi non trovi pieno pagamento sulla cosa medesima (5).

§. 341. C. *Diritti del creditore posteriore.* Jus offerendi.

Il creditore di grado posteriore può evitare d'entrare in concorso con chi lo precede, collocandosi nel suo luogo e grado, lo che può avvenire:

1. Per consenso del creditore di un grado anteriore, che soddisfatto dal creditore posteriore, gli cede i suoi diritti ed ipoteche (6).

2. Per consenso del debitore, quando il creditore posteriore somministra denaro per pagare il creditore di grado anteriore, e si riserva d'esser surrogato nei diritti di lui; ma bisogna che il pagamento sia stato realmente effettuato (7); o allor quando acquista la cosa oppignorata al creditore anteriore, sotto condizione che questi sia pagato col prezzo della compra; in tal caso egli si colloca in suo luogo, senza che la surroga sia stata espressamente stipulata (8). Come un creditore ipotecario può, col consenso del debitore, o del creditore di grado anteriore, essere surrogato ai diritti di questi, così un creditore chirografario o un terzo lo può egualmente (9).

3. Ogni creditore ipotecario di un grado posteriore, ha diritto di pagare il creditore di un grado anteriore, anco senza il suo consenso e senza quello del debitore, e d'esser surrogato nei suoi diritti per la somma pagata o depositata, nel caso in cui il creditore rifiutasse accettarla *(jus offerendi et succedendi)* (10); ma questo diritto non appartiene che al creditore ipotecario, e non già al chirografario o al terzo (11). Ciò che questo diritto ha di particolare si è,

---

(1) Nov. 91, Cap. 1.

(2) Fr. 10, D. XX, 1.

(3) Fr. 16, §. 8, D. XX, 1.

(4) Cost. 3. C. VIII, 20. - Fr. 12, §. 7, 10, D. XX, 4. Egli non può, però, esservi astretto; fr. 6, pr. D. XIII, 7.

(5) Cost. 8, C. VIII, 18. - fr. 15, §. 5, D. XLII, 1.

(6) Fr. 6, D. XVIII, 4. - Cost. 7, C. IV, 39.

(7) Fr. 3, D. XX, 3. - Fr. 12, §. 8, 9, D. XX, 4. - Cost. 1, C. VIII, 19.

(8) Fr. 3, §. 1, D. XX, 5. - fr. 17, D. XX, 4. - Cost. 3, C. VIII, 19. Gesterding, §. 48. - Glück, *Comment.* part. 19, pag. 374.

(9) V. i passi indicati alle tre note precedenti.

(10) Cost. 1, 5, 8, C. VIII, 18. - fr. 11, §. 4; fr. 16, D. XX, 4. - fr. 5, pr. D. XX, 5 - Cost. 22, C. VIII, 14. - Cost. 4, C. VIII, 19. - Cost. un. C. VIII, 27. - E. Berghoff, *De successione hypothecaria.* Gœtt, 1744. - E. Schulze. *Diss. de jure ejus cujus oblata pecunia creditores tempore anteriores dimittuntur, ad L.* 1. C. *De his qui in prior. cred.* Cellis, 1786. - Haubold, *De jure offerendi.* Lips. 1793, et in ejusd. opusc. acad. ed. Wenck, vol. I, p. 573. - Glück, *Comm.* part. 19, §. 1097.

(11) Cost. 10, C. VIII, 18. - Il cre-

che la surroga nei diritti del creditore saldato, tien luogo di primo diritto, senza che sia avvenuta cessione alcuna, e senza distinguere se il creditore posteriore paghi il creditore *immediatamente* anteriore o no (1). Egli è chiaro che in quest'ultimo caso, non è surrogato che per la somma che paga al creditore anteriore, e che non esercita influenza di sorta sui creditori intermediarj (2). Quindi questo *jus offerendi* può essere esercitato dal creditore di un grado assai posteriore contro colui che l'ha del pari esercitato (3), e nulla impedisce il creditore di grado anteriore di farlo valere contro un posteriore (4). Questo diritto però si estingue quando il creditore ha venduto la cosa a un terzo, previe le forme volute dalla legge (5), o quando la vendita è stata legalmente riconosciuta, o allorchè è aperto il concorso sui beni del debitore.

§. 342. III. *Azioni risultanti dal diritto di pegno e d'ipoteca.* A. *Azioni petitorie* (6).

Le azioni nascenti dai diritti di pegno e d'ipoteca, sono *petitorie* e *possessorie*. L'azione petitoria che mira a far valere il diritto di pegno e d'ipoteca, è l'azione *ipotecaria (actio hypothecaria)* (7).

1. Quest'azione, che non si accordò in principio che al locatore di un fondo rustico sugli effetti appartenenti al colono *(invecta et illata)* e affetti per contratto al pagamento della locazione, dicevasi *actio serviana*; in seguito fu accordata, per analogia, come *actio quasi serviana s. hypothecaria*, a ogni creditore pignoratario o ipotecario, ed è oggi applicabile tanto al pegno che all'ipoteca (8).

2. Essa è diretta contro ogni possessore della cosa gravata, contro il debitore, come contro un terzo, eccettuato contro il creditore, il cui diritto è preferibile a quello dell'attore (9). Allorchè è intentata contro il debitore, che ha oppignorata o ipotecata la cosa all'attore, o contro i suoi eredi, o contro un terzo possessore che stacca il suo diritto dal debitore, l'attore si limita a provar l'esistenza del debito e il fatto del pegno o dell'ipoteca (10); ma quando è diretta contro un terzo possessore, che non stacca il suo diritto da colui che ha concesso l'ipoteca all'attore, allora questi deve in oltre provare che chi ha costituito il pegno o l'ipoteca era proprietario della cosa, o che aveva per lo meno il diritto d'impegnarla o d'ipotecarla. Così, ov'egli non possa o non voglia provare altra cosa che il possesso di buona fede in quegli del cui diritto si serve, la legge

---

ditore chirografario o un terzo, per esempio il mallevadore, può egualmente pagare il creditore ipotecario; ma per venir surrogato nei suoi diritti, vi è sempre bisogno della cessione, la quale non può esser mai forzato a concedere. Cost. 2, 14, C. VIII, 41.

(1) V. i passi indicati alla nota precedente, sopratutto il fr. 16, D. XX, 4. - Gesterding, §. 39. Mühlebruch, *Della cessione*, p. 468. - Glück, *Comm.* part. 19, p. 362. - Haubold, *loc. cit.* e Wenck; in præf. ad ejusd. opusc. pag. LXIII, dicono il contrario.

(2) Fr. 16, D. XX, 4.

(3) Fr. 5, §. 1, D. XX, 5.

(4) Paolo, *Sent. rec.* II, 13, §. 8. Questo punto però è contrastato.

(5) Fr. 3, pr. D. XX, 5. - Cost. 1, C. VIII, 20.

(6) Glüch, *Comm.* part. 18, pag. 309, e seg. - Gesterding, §. 46-50.

(7) §. 7, J. IV, 6. Dicesi ancora *pignoratitia in rem actio;* fr. 41, D. XIII, 7. - fr. 3, §. 3, D. X, 4. - fr. 7, §. 12, D. X, 3. - fr. 11, §. 10; fr. 19, D. XLIV, 2, o *vindicatio pignoris*, fr. 16, §. 3, D. XX, 1.

(8) §. 7, J. IV, 6 - Cost. 1, C. VI, 43.

(9) Fr. 12, pr. §. 7, D. XX, 4. - Cost. 14, 18, C. VIII, 14.

(10) Fr. 21, §. 1, D. XX, 1. - fr. 13, §. 1, D. XVI, 1. - fr. 30, §. 1, in fine, D. XLIV, 2. - Cost. 10, C. IV, 24. - Cost. 15, C. VIII, 14. - Cost. 1, C. VIII, 33.

non gli accorda per seguitare la sua ipoteca, che l'azione pubbliciana (1).

3. L'azione ipotecaria mira a provare l'esistenza del pegno o dell'ipoteca, e di fare spossessare il debitore della cosa gravata dall'attore per esser pagato (2).

4. Se l'attore l'intenta contro un terzo possessore, questi ha diritto di esigere ch' egli perseguiti prima il debitore e la sua cauzione (ciò ch'oggi dicesi *beneficium excussionis personale*) (3); ed è del pari in facoltà sua di schivare l'azione, pagando l'attore (4).

5. Quando due cose sono ipotecate, l'una generalmente, l'altra specialmente, il debitore può esigere che l'attore escuta prima la seconda (ciò che oggi dicesi *beneficium excussionis reale*) (5).

6. L'azione decorre contro il debitore e suoi eredi per lo spazio di quaranta anni; contro il terzo detentore che stacca sia il suo diritto di proprietà, sia il suo diritto d'ipoteca dal debitore, egualmente quarant'anni, pel tempo che il debitore vive; dopo la sua morte essa decorre durante lo spazio di 30, o 40 anni, secondochè per porre in essere questo spazio di tempo, voglia contare gli anni della sua possessione durante la vita del debitore, o non li voglia computare; ma se il terzo non stacca il suo diritto dal debitore, l'azione si estingue contro lui per lo spazio di 30 anni, se essa non è estinta più presto per usucapione (6).

§. 343. b. B. *Azioni possessorie.*

Fra i mezzi possessorii che competono al creditore pignoratario o ipotecario si annovera:

1. Gl'interdetti ordinarj *retinendæ* o *recuperandæ possessionis*, per proteggere il creditore nel possesso della cosa oppignorata; solo al creditore pignoratario appartengono questi interdetti, perch' egli solo ha il vero possesso della cosa (7).

2. L'interdetto *salvianum*, che è un interdetto *adipiscendæ possessionis*: in primo, del pari che l'azione serviana, non si accordava che al locatore d'un fondo rustico, e mirava ad esigere il possesso della cosa oppignorata convenzionalmente dal fittajuolo che non pagasse la locazione all'epoca stabilita (8). Ma in seguito fu accordato, per analogia, a ogni creditore ipotecario (*interdictum quasi salvianum*) (9). Il diritto antico l'accordava contro ogni possessore della cosa oppignorata, ma il nuovo non l'accorda che contro il debitore che ha costituito il pegno (10).

---

(1) Fr. 23, D. XXII, 3. - fr. 3, pr; fr. 18, D. XX, 1. - Arg. fr. 9. §. 4, D. VI, 2. - fr. 14, D. XX, 4.

(2) Fr. 16, §. 3, 4; fr. 17, pr.; fr. 21, §. 3, D. XX, 1.

(3) Nov. 4, c. 2, che cangia l' antico diritto delle Cost. 14, C. IV, 10, e Cost. 14, 24, C. VIII, 14. Cpr. Nov. 112, c. 1.

(4) Fr. 16, § 3, D. XX, 1. - fr. 12, §. 1, D. XX, 6. - Cost. 19, C. IV, 32.

(5) Cost. 9, C. VIII, 28. - Cost. 2, C. VIII, 14. È disputa se colui che ha consentito l' ipoteca, ed altri creditori ipotecari solamente possano opporre questa eccezione, e se possa invocarla ogni possessore della cosa. La seconda opinione è la più comune. Koch, *De beneficio excussionis tertio hypothecæ speciali possessori competente.* Giess. 1771. Heppe è per la prima opinione; Zimmern la combatte.

(6) Cost. 7, pr. §. 1, 2; Cost. 8, pr. C. VII, 39, confrontate colla Cost. 1, 2, C. VII, 36. - Unterholzner, *Verjæhrungslehre*, t. II, §. 249.

(7) Fr. 1, §. 9, D. XLIII, 16. - fr. 16, D. XLI, 3. - fr. 3, §. 15, D. X, 4.

(8) Gajo IV, 147. - §. 3, J. IV, 15, e Teofilo, su questo paragrafo. - fr. 1, pr. §. 1, D. XLIII, 33. - Gesterding, §. 51.

(9) Cost. 1, C. VIII, 9, confrontato col §. 7, J. IV, 6. Gli autori non son d'accordo su questo punto.

(10) Fr. 1, pr. §. 1, D. XLIII, 33. - Cost. 1, C. VIII, 9. - Gesterding, *loc. cit.* - C. S. Hering, *De Salviano interdicto utili adversus quecumque rerum oppignoratarum possessorem competente.* Francof.

3. L'interdetto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, accordato a colui che aveva domandato al pretore l'immissione nei beni, e che gli s'impediva ingiustamente di prender possesso. Mirava a chiedere la refezione dei danni (1).

TITOLO QUARTO

Estinzione dei diritti di pegno e d'ipoteca (2).

§. 344. I. *Cause generali.*

I diritti di pegno e d'ipoteca si estinguono per cause generali:

1. Quando la cosa oppignorata perisce (3), o quando per un cangiamento non è più la stessa, nè può ritornare al suo stato primitivo (4).

2. Quando la confusione della proprietà e del diritto di pegno o d'ipoteca ha luogo nella stessa persona, cioè quando il debitore diventa erede del creditore, o quando questi diventa proprietario della cosa oppignorata o ipotecata (5).

3. Quando non è stata concessa che per un certo tempo, il quale è decorso (6).

4. Quando è stata costituita da quegli il cui diritto era in principio revocabile; si estingue dal momento della revoca del diritto (7).

5. Per la rinunzia del creditore (8); è questo anche il caso in cui il creditore accetta in luogo di pegno, una cauzione, o qualunque altra garanzia (9), e in cui deferisce al debitore il giuramento che la cosa non è oppignorata, e questi presta il giuramento (10). Il creditore rinunzia tacitamente al suo diritto, rendendo il pegno o l'atto che lo costituisce, senza che il debito sia pagato (11), dando espressamente autorizzazione di vendere il pegno a un altro (12), e quando preventivamente avvisato,

---

A. V. 1750. Wening-Ingenheim, Zimmern, Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, §. 427, non che i più son d'opinione diversa.

(1) Dig. XLIII, 4.

(2) Dig. XX, 6. - Codice, VIII, 26 e 31. - Gesterding, 41-35.

(3) Fr. 8, pr. D. XX, 6. - Cost. 25, C. VIII, 14. Il diritto di pegno o d'ipoteca, rivive col rivivere della cosa; fr. 29, §. 2; fr. 35, D. XX, 1.

(4) Fr. 18, §. 3, D. XIII, 7, ma un semplice cambiamento della cosa, non fa cessare il pegno o l'ipoteca; fr. 16, §. 2, D XX, 1.

(5) Fr. 29, D. XIII, 7. - fr. 9, pr. D. XX, 6. - fr. 30, §. 1, in fine. D. XLIV, 2. Colui che acquista una cosa oppignorata a più, sotto condizione di subentrare nel luogo del primo creditore, ch' egli soddisfa del proprio, può far valere i diritti competenti a quest'ultimo contro i creditori posteriori; ma essi possono del pari esercitare l'*jus offerendi*. Cost. 3, C. VIII, 19. - Cost. 1, C. VIII, 20. - fr. 17, D. XX, 4. - fr. 6, D. XX, 5.

(6) Fr. 6, pr. D. XX, 6.

(7) Fr. 3, D. ibid. - fr. 31, D. XX, 1. - fr 4, §. 3, D. XVIII, 2. - È per questa ragione che il *subpignus* si estingue col diritto del primo creditore; fr. 40, §. 2, D. XIII, 7. - Cost. 1, C. VIII, 24.

( ) Fr. 8, §. 1, D. XX, 6. - Codice, VIII, 26.

(9) Fr. 5, §. 2; fr. 6, §. 2; fr. 14, D. XX, 6. - fr. 9, §. 3, D. XIII, 7. - Arg. Cost. 8, C. VIII, 42.

(10) Fr. 5, §. 3, D XX, 6.

(11) Cost. 7, C. VIII, 26. - fr. 1, §. 1, D. XXXIV, 3. - fr. 3, D. II, 14.

(12) Fr. 4, §. 1; fr. 7, pr.; fr. 12, pr. D. XX, 6. - fr. 158, D. L, 17. - Cost. 2, 11, C. VIII, 26. - Cpr. fr. 4, §. 2; fr. 8, §. 15, D. XX, 6. Se l'alienazione non ha luogo, il pegno o l'ipoteca continua a sussistere; fr. 8, §. 6; fr. 10, pr. D. XX, 6 Se il debitore ritorna in seguito proprietario della cosa alienata, il diritto di pegno o d'ipoteca rivive, ma prende data soltanto da quest'epoca, Cost. 1, C. VIII, 26. - Il creditore che consente una

non ha fatto valere il suo diritto nel tempo fissato (1).

6. Finalmente, il pegno o l'ipoteca s'estingue, quando un terzo che stacca il suo diritto dal debitore, usucapisce la cosa oppignorata o ipotecata (2).

§. 345. II. *Secondo la natura del diritto.*

Il diritto di pegno o d'ipoteca s'estingue, secondo la sua natura particolare:

1. Per l'intero pagamento del debito, in sicurezza del quale fu costituito il pegno o l'ipoteca (3), o per la confusione nella stessa persona del credito e del debito. (4).

2. Per la vendita del pegno, legalmente fatta dal creditore (5). E in specie quando un creditore di grado anteriore vende la cosa oppignorata o ipotecata, il diritto di tutti i creditori posteriori si estingue (6), e quando l'erede che ha accettata la successione col benefizio d'inventario, aliena le cose appartenenti ai beni del suo autore, ogni diritto di pegno o d'ipoteca, sovr'esse costituito, si estingue (7).

---

nuova ipoteca non rinunzia al suo diritto, ma al suo privilegio soltanto; fr. 9, §. 1; fr. 18, pr. D. XX, 6. - fr. 12, §. 4, D. XX, 4.

(1) C. 6, C. VIII, 26.

(2) Fr. 12, D. XLIV, 3. - Cost. 1, 2, C. VII, 36. - Cost. 19, C. VIII, 45. - Cost. 7, C. IV, 10. - Cost. 8, pr. C. VII, 39. Nè il debitore, nè i suoi eredi possono estinguere il diritto di pegno o d'ipoteca per usucapione; fr. 1, §. 2, D. XX, 1. - fr. 44, §. 5. D. XLI, 3. - Cost. 7, C. VIII, 14. L'azione ipotecaria dura 40 anni contro l'usucapione. Cost. 7, §. 1, C. VII, 39. - Donello, *Com. G. jur. civ.* lib. V. c. 29.

(3) Fr. 9. §. 3, 5; fr. 13, pr. D. XIII, 7. - fr. 6, pr. D. XX, 6. - fr. 18; D. XLI, 2. - Cost. 3, C. VIII, 31. L'obbligazione in parte estinta, non porta l'estinzione parziale del pegno o dell'ipoteca, essa continua ad esistere pel rimanente, perchè questo diritto è indivisibile; fr. 9, §. 3, D. XIII, 7. - Cost. 2, C. VIII, 29. Sussiste del pari per il pagamento fatto da uno dei coeredi per la sua parte dei debiti di successione. Cost. 1, C. VIII, 31. - Cost. 2, C VIII, 32. - Cost. 16, C. VIII, 28. - Così il diritto di pegno o d'ipoteca continua ad esistere, quando l'azione intentata in pagamento è stata respinta da una eccezione che non distrugge il debito, ma l'azione soltanto; di guisachè questo sussiste come obbligazione naturale, e per conseguenza dà continuazione al pegno o all'ipoteca. Tale è il caso dell'*exc. Scti Macedoniani*; dell'eccezione della prescrizione dell'azione. Cost. 2, C. VIII, 31. « Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione sub nota ».

(4) Fr. 75; fr. 95, §. 2; fr. 107, D. XLVI, 3, confrontati col fr. 43, ibid.

(5) Codice VIII, 30.

(6) Cost. 1, C. VIII, 20.

(7) Cost. 22, §. 8, C. VI, 30.

LIBRO SECONDO

Delle Obbligazioni.

§. 346. *Nozione ed estensione del diritto d' obbligazione.*

Generalmente, i diritti che forman parte del nostro patrimonio, sono o *diritti reali*, astrazion fatta da una persona determinata e specialmente obbligata, o *diritti personali*, che si esercitano contro persone determinate ed obbligate, indipendenti dall' attore che perseguita a suo vantaggio l'esecuzione d'una certa prestazione. Noi abbiamo parlato dei primi nel libro antecedente, i secondi saranno oggetto del secondo libro. Al diritto delle obbligazioni attengono non solo le obbligazioni propriamente dette, ma egualmente tutte le azioni reali e personali; in fatto, *ogni* azione che suppone la lesione d' uno dei nostri diritti, si presenta sempre sotto un rapporto obbligatorio, cioè, come una domanda contro colui che ci ha leso. Ma avendo già esposti i principj generali sulle azioni, e trattando, secondo il nostro piano, le azioni particolari, e nel tempo stesso le materie colle quali hanno rapporto (lochè abbiamo già fatto nel primo libro, per le azioni reali), non vi resta a trattare in questo libro, che le obbligazioni e le azioni personali che ne derivano (1).

(1) Sul diritto romano d' obbligazione, V. specialmente Donello, *Comm. jur. civ.* lib. XII-XVI.

SEZIONE PRIMA

Nozioni Generali.

CAPITOLO PRIMO

Nozione e divisione delle obbligazioni in generale.

§. 347. *Nozione dell' obbligazione.*

L' *obbligazione* (*obligatio*) è un vincolo di diritto fra due persone determinate, indipendenti l' una dall'altra, in forza del quale, una, il creditore, è in diritto d' esigere che l'altra, il debitore, dia, faccia o presti qualche cosa *(dare, facere, præstare)*. In questo senso, *obbligazione* significa non solo l' impegno dei debitore, ma al tempo stesso il diritto del creditore (1). Il fatto che serve di fondamento a questo diritto e a questo debito, dicesi egualmente *obligatio* (2), come il titolo che ne forma la prova (3).

§. 348. II. *Divisione dell' obbligazione.* A. *Secondc il suo subietto.*

Relativamente al subietto l' obbligazione s' applica:

1. O a un sol creditore e solo debitore,

2. O a più creditori e più debitori; la seconda si divide:

a) In *obligatio pro rata s. in partem*, quando ciascun creditore non ha diritto che alla sua parte dell' oggetto, o allor quando ciascuno dei debitori non è obbligato che al pagamento della sua parte di debito.

b) E in *obligatio in solidum* (*obl. correalis*) (4), quando ciascuno dei

---

(1) Pr. J. III, 13 (14). « Obligatio est juris vinculum, quo necessitate ad stringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura ». L' obbligazione è un vincolo di diritto, che ci costringe, conforme alle regole del nostro diritto civile, a prestare di necessità, una cosa; - fr. 3, pr. D. XLIV, 7. - « Obligationum substantia non in eo consistit; ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum ».

(2) Fr. 19, D L, 16. « Contractus est, ultro citroque obligatio ».

(3) Quindi: *obligationem repetere, concedere.* Cost. 7, C. IV, 30. Per rapporto alle cose, *obligatio* significa talvolta il diritto di pegno o d' ipoteca, Cost. un. C. VIII, 21. - fr. 11, §. 6, D. XIII, 7. - Cost. 4, C. VIII, 17. - Cost. 6, C. VIII, 26, talvolta l' oppignoramento d' una cosa, fr. 4, D. XX, 3, talvolta il titolo provante il pegno, fr. 28, D. XLVIII, 10.

(4) Ist. III, 16 (17). - Dig. XLIV, 2. - Cod. VIII, 40. - Donello, *Tract. de duobus reis.* In *Oper.* t. IX. - Ant. Faber, *Conjectur. jur. civ.* XI. - V. Dresky, *Diss. de coreali obligatione ejusque effectibus.* Gœtt. 1777. - J. Rubo, *Versuch einer Erklærung der fr.* 2, 3, 4, 85, *D. de verbor. obl. ueber die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der obligationen nach rœm. Rechte*, o *Saggio d'una spiegazione dei fr.* 2, 3, 4, 85, *De verbor. obligat. sulla divisibilità e indivisibilità delle obbligazioni per di-*

creditori ha il diritto di esigere la totalità del credito (*obl. correalis activa*) (1), o quando ciascuno dei debitori è obbligato al pagamento della totalità del debito (*obl. correalis passiva*) (2): nullameno allorchè, nel primo caso, uno dei creditori ha ricevuto la totalità del credito, gli altri non hanno più nulla a pretendere, e allorchè, nel secondo caso, uno dei debitori ha pagato il totale, gli altri sono interamente liberati (3). L' obbligazione solidale non si presume; posa essa sempre sopra un motivo particolare che risulta, o dall'indivisibilità dell' oggetto (4), o da una disposizione particolare di legge (5), o da una convenzione (6), o da disposizione d'ultima volontà (7), e nei casi d'obbligazione solidale passiva, egualmente che dal delitto (8). Frattanto, dopo Adriano, le cauzioni del medesimo debitore principale godono del benefizio della divisione (*beneficium divisionis*), per cui una delle cauzioni, contro la quale viene intentata l'azione al pagamento della totalità, può esigere che siano prima perseguitate le altre per la lor parte e porzione (9). La Novella 99 estende egualmente questo benefizio con coloro, che contraendo un debito, si sono reciprocamente prestata fra loro cauzione; al presente si estende a tutti i debitori solidali per convenzione (10). Ma questo benefizio non ha luogo quando è difficile perseguitare gli altri debitori, e allorchè sono essi insolvibili, o quando vi hanno espressamente rinunziato (11).

§. 349. B. *Secondo il loro oggetto.*

In rapporto al suo oggetto, l' obbligazione consiste in dare, fare, prestare, o non fare. Nell' un caso, come nell' altro, essa può mirare a uno o più oggetti, e nel secondo caso, dividesi di nuovo in *congiuntiva*, allorchè gli oggetti tutti debbono esser prestati per liberare il debitore, e in *alternativa*, quando l' uno o l' altro solamente deve esser prestato; in

---

ritto romano. Berlino, 1822. - A. H. G. Backer, *De obligationibus dividuis et individuis.* L. B. 1822. — Ph. Serrurier, *Responsio ad quæst. de obl. dividuis et individuis. In Annal. Acad. Gand. a.* 1822-23. - J. G. Ribbentrop, *Zur lehre von den Correal-obligationen*, o *delle obbligazioni solidali.* Gœtt. 1831. - Blondeau, *Abbozzo d'un trattato sulle obbligazioni solidali.* Parigi, 1819. - C. A. de Scheurl, *Comm.* de dividuis et individuis obl. Erlang. 1805.

(1) Si dicono in diritto romano, *duo s. plures rei stipulandi*; f. 1, D. ibid. al presente si dicono *correi credendi.*

(2) Il diritto romano gli designa coll' espressione: *duo s. plures rei promittendi o correi promittendi*; fr. 3. §. 3, D. XXXIV 3, oggi si distinguono colle parole: *correi debendi*.

(3) §. 1, J. III, 16 (17). - fr. 14, §. 15, D. IV, 2. - V. G. L. Hübel, *Diss. reus stipulandi num paciscendo et novando correo noceat?* Lips. 1822. - W. T. Kraut, *Diss. de argentariis.* Gœtt. 1826, c. 5. - Il debitore solidale (*correus debendi*) che ha pagato, è in diritto di esigere dal correo il debito, la sua parte del debito solidale.

(4) Fr. 5, §. 15, D. XIII, 6. - fr. 17, D. VIII, 1. - fr. 192, D. L, 17. - fr. 2, §. 2. D. XLV, 1. - fr. 1, §. 44, D. XVI, 3.

(5) Fr. 1, §. 25, D. XIV, 1. - §. 4, J. III, 20 (21). Cost. 3, C. VIII, 41. - Fr. 55, pr. D. XXVI, 7. - Cost. 2, C. V, 52.

(6) Pr. J. III, 16 (17). - fr. 9, pr. D. XLV, 2. - fr. 47, D. XIX, 2.

(7) Fr. 9, pr. D. XLV, 2. fr. 8. §. 1, XXX.

(8) Fr. 11, §. 2, D. IX, 2. - fr. 14, §. 15; fr. 15, D. IV, 2. - Cost. 1, C. IV, 8.

(9) Gajo III, 121, 122, - §. 4, J. III, 20 (21). Cost. 3, C. VIII, 41. - A. G. De Schœter, *Diss. de sponsoribus* fidepromissoribus *et fidejussoribus.* Jenæ, 1822, p. 36.

(10) Glück, *Comm.* part. 14, §. 339. - G. Asverus, *Spec. ad Nov.* 99, Jenæ, 1822. Qual è l' effetto del benefizio di divisione, e in particolare l'obbligazione solidale cessa interamente per questo benefizio, e si trasmuta in una obbligazione *pro rata?*

(11) §. 4, J. III, 20 (21). - fr. 28, D. XLVI, 1. - fr. 47, D. XIX, 2. - Nov. 99.

questo caso, il debitore in generale ha la scelta (1).

Questa regola soffre le seguenti eccezioni:

1. Quando il debitore è in mora, la scelta è del creditore (2).

2. Quando, nel contrarre l'obbligazione, il creditore si è espressamente riservato la scelta. Quando il creditore ha scelto ed intentato la sua azione, deliberando sopr' uno degli oggetti, egli perde il diritto di perseguitar l'altro, poco importando poi ch' egli vinca, o soccomba (3).

§. 350. C. *Secondo l' effetto che produce.*

In rapporto ai suoi effetti, l'obbligazione è *naturale* o *civile*.

1. *Obligatio naturalis* è, presso i Romani, quella che deriva dal diritto delle genti, e che non hanno tutta la loro forza nel diritto civile (4). Per diritto romano, questa obbligazione, in generale, produce l'effetto di dovere essere eseguita, di guisa che, nè il debitore ha azione per ripetere ciò che ha pagato, nè il creditore può chiederne l'esecuzione. Essa dunque non produce che un diritto di retenzione o una eccezione, e non mai un' azione (5). Vi sono però, alcune obbligazioni naturali, che il diritto civile dichiara nulle (dette oggi *obl. reprobatæ*). Il debitore adunque, se nol vuole, può non dar loro esecuzione, e in tal caso, nel linguaggio del diritto romano, non esistono obbligazioni naturali (*ne quidem naturalis obl.*) (6).

2. *Obligatio civilis*, è in generale quella che in diritto romano, produce tutti i suoi effetti, e dà sempre luogo ad azione. Queste obbligazioni, secondochè prendon vita dal diritto civile o dal pretorio, dividonsi in *obligationes civiles* (in senso stretto), e in *obligationes prætoriæ s. honorariæ* (7). Le prime si dividono:

a) In *obligationes legibus constitutæ*, quelle cioè del tutto estranee al diritto delle genti, e fondate unicamente sul diritto civile (*obl. civilis*, nel senso il più stretto). Fra queste contavansi in particolare le *obligationes stricti juris*. Esse davan sempre vita, in diritto civile, a un'azione anco quando non avevan forza secondo il diritto delle genti; nullameno, nei casi in cui l'equità l'esigeva (*si iniquum foret reum condamnari*), per esempio, quando la promessa era stata estorta per dolo o per violenza, il pretore accordava una eccezione per-

---

(1) Fr. 10, §. 6, in fine, D. XXIII, 3. « Cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram præstet ». - Cpr. fr. 138, §. 1, D. XLV, 1. - fr. 34, §. 6, D. XVIII, 1. - fr. 75, §. 3, D. XXX.

(2) Fr. 2, §. 2, 3, D. XIII, 4, - fr. 57, pr. D. XLVI, 3.

(3) Fr. 19, D. XXXI. - fr. 112, pr. D. XLV, 1. - fr. 9, §. 1, D. XIV, 4. - fr. 4, §. 3, D. IX. 4. - fr 5, pr. D. XXX.

(4) Fr. 84, §. 1, D. L, 17. - Ad. Dr. Weber, *Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung*, o *Esposizione sistematica dell'obbligazione naturale e dei suoi effetti legali.* Ed. 4. Schwerin et Wismar, 1805. - Jo. Conr. Dümmler, *Diss. inquirens: præcepta juris naturæ an vi sua auctoritatem legum effectumque civilem in judiciis nostris habere possint.* Kiliæ, 1808 §. 13 seg. - C. T. Reinhardt, *Lehre des ræm. Rechts von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und von der natürlishen Verbindlichkeit ins Besondere*, o *Della obbligazione nel diritto romano in generale e dell' obbligazione naturale in particolare.* Stuttgardt, 1827. - Al. F. Lelièvre, *Resp. ad quæstionem: quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum?* Lovanii, 1827.

(5) Fr. 19, pr. D. XII, 6. - fr. 10, D. XLIV, 7. - fr. 9, . 4, 5; fr. 10, D. XIV, 6. - fr. 7, §. 4, D. II, 14. - « Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem ».

(6) Per esempio: fr. 16, §. 1, D. XVI, 1. - Cost. 9, C. IV, 29. - fr. 8, pr. D. II, 15. - Cost. 3, C. III, 43. - Cost. 3, C. VIII, 35. - fr. 4, pr. D. XII, 6.

(7) §. 1, J. III, 13 (14). - §. 3, 8-11, J. IV, 6. - fr. 1, §. 8, D. XIII, 5.

petua, che rendeva l' azione priva d' effetto (1).

b) In *obligationes jure civili comprobatæ*, quelle cioè che avean fatto passaggio dal diritto delle genti al diritto civile, che le aveva riconosciute, e data loro un' azione. A tal categoria appartengono tutte quelle dell' antico diritto che si contraggono *consensu vel re*, e quelle del diritto nuovo nascenti *ex pactis legitimis*.

CAPITOLO SECONDO

Cessione delle Obbligazioni (2).

§. 351. I. *Nozione della Cessione*.

Le obbligazioni, considerate come legame di diritto fra persone *determinate*, non possono, e per la natura loro, e senza il consenso del debitore, essere trasmesse dal creditore a un'altra persona, in guisa da collocarla in suo luogo e vece. Quindi, il principio del diritto romano, che le obbligazioni non si trasmettono che per successione a titolo universale e non per successione a titolo particolare, e che non possono essere cedute ad altri (3). Così il creditore che voleva rendere ad altri vantaggiosa una obbligazione, non poteva farlo, che dandogli il potere d'intentare azione e riguardare come a sè profittevole il benefizio risultante dall'azione. Lo che dicevasi *præstare s. mandare actiones*, e quegli che riceveva questo mandato, dicevasi *procurator in rem suam* (4). Nel principio egli non poteva intentare l'azione che in nome del vero creditore, ma in seguito gli fu accordato egualmente in proprio nome, come azione utile (5), e i suoi effetti, come tale erano efficaci quanto quelli dell' azione diretta (6). Lo che per l' antico diritto dicevasi *mandare actiones*, e pel nuovo, *cedere actiones*, e la *cessione* dell'azione (*cessio actionis*) non è che una facoltà concessa a una persona di perseguitare a suo vantaggio, e come propria, una obbligazione che ci appartiene (7). La compra, la permuta, la donazione e ogni altro titolo, possono servir di base nella cessione.

§. 352. II. *Soggetti della cessione*.

Chi cede ad altri un'obbligazione si appella *cedente*; quegli a cui è ceduta, *cessionario o procuratore in rem suam*, e quegli contro cui si esercita, *debitor cessus*. Si può, in generale, cedere un' obbligazione a qua-

---

(1) Gajo, IV, 116, 117. - §. 1-5, J. IV, 13.

(2) Donello, *Comm. jur. civ.* XV. 43. - Glück, *Comm.* part. 16, §. 1017, 1025. - Sopratutto C. F. Mühlenbruch, *Von der Cession der Forderungsrechte*, o *Della cessione delle obbligazioni*. Greifswald, 1817; ed. 2. 1826.

(3) Mühlenbruch, §. 1-4.

(4) Fr. 3, §. 5, D. XV, 3. - fr. 8, §. 5, D. XVII, 1. - fr. 76, D. XLVI, 3. - fr, 2, D. XVI, 3. - fr. 31, D. XIX, 1. - fr. 7, D. XLIV, 7. - Cost. 6, C. IV, 10.

(5) Fr. 16, pr. D. II, 14. - fr. 76, D. XLVI, 3. - Cost. 7, 8, C. IV, 39. - Cost. 1, 2, C. IV, 10. - Cost. 5, C. IV, 15. - Cost. 18, C. VI, 37. - Mühlenbruch, §. 16.

(6) Fr. 47, §. 1, D. III, 5.

(7) Sulla differenza che esiste fra *cessio nominis e delegatio nominis*, v. §. 497, 498.

lunque persona; questa regola subisce però le appresso eccezioni.

1. La cessione, non può sotto pena di decadere dalla obbligazione, farsi maliziosamente, a persone, che per loro potere e credito, potrebbero facilmente opprimere il debitore (*in potentiorem*) (1).

2. Non si può, sotto pena di decadere dalla obbligazione, cederla a chi amministra come tutore e curatore i beni d'una persona contro la persona medesima, nè durante, nè dopo la tutela o curatela (2).

§. 353. III. *Oggetti della cessione.*

In generale si può cedere tutti i crediti e azioni formanti parte del patrimonio del cedente, poco importa che le azioni sien reali o personali (3). Ma le azioni *quæ vindictam spirant* (4), le pene criminali che tendono a infliggere una pena pubblica (5) e tutte le azioni popolari (6) non possono formare oggetto di cessione. Quindi, un' azione cedibile non può più esser ceduta dal momento che è portata in giudizio (7).

§. 354. IV. *Condizioni della cessione.*

La cessione di un credito o d'un'azione è una alienazione: solo dunque può cedere, chi ha la libera disposizione delle cose sue. Ogni cessione esige in oltre il consenso del cedente. Colui che ha trasferito in una persona un diritto, o che ne ha acquistato uno per lei, è pure legalmente obbligato di cedere l'azione che vi ha rapporto (8). Ma il consenso del debitore ceduto non è necessario per dar vita alla cessione (9).

§. 355. V. *Effetti della cessione* (10).

A. La cessione non opera cangiamento alcuno fra cedente e debitore; il cedente non perde alcun suo diritto sul credito; egli può per lo contrario, perseguitare il debitore, fintantochè il cessionario non ha notificata la cessione al debitore (11): egli deve in tal caso rilasciare al cessionario il vantaggio che gli procura l'azione (12). Ma s'egli intenta l'azione posteriormente alla persecuzione avanzata dal cessionario, o alla notificazione della cessione fatta al debitore, potrà essere da questi respinto colla eccezione del dolo (13).

B. Gli effetti della cessione fra cedente e cessionario, e fra questi e il debitore, sono i seguenti:

1. Essa trasferisce al cessionario

---

(1) Cost. 2, C. II, 14. Se non vi è dolo, la cessione non è nulla, fr. 6, D. XLIX, 14. Mühlenbruch, §. 30.

(2) Nov. 72, c. 5. - Mühlenbruch, §. 32.

(3) Mühlenbruch, §. 22-28. Noi non parleremo qui dei diritti essenzialmente personali, che non sono diritti di credito, come l'usufrutto, e che non si possono cedere. V. §. 281.

(4) Fr. 28, D. XLVII, 10. - fr. 7, §. 1; fr. 13, pr. D. ibid. - fr. 6. in fine, D. XLVII, 12. - Così, *la querela inoffic. testament. et inoffic. donationis*, come l'*actio revocatoria donat. propter ingratitudinem*, non può formare oggetto di cessione.

(5) Fr. 13, §. 1, D. XLVIII, 1. - L'azione in riparazione di danno e in applicazione d'una pena privata derivante da delitto, fr. 14, pr. D. XLVII, 2. - fr. 31, pr. D. XIX, 1. - fr. 38, §. 1, D. XLVI, 3. - fr. 12, D. L, 16.

(6) Fr. 5, D. XLVII, 23.

(7) Cost. 2, 3, 4, C. VIII, 87. - Mühlenbruch, §. 31.

(8) Fr. 31, pr. D. XIX, 1. - fr. 14, pr.; fr. 80, pr. D XLVII, 2. - Cost. 4, C. IV, 39. - fr. 49, §. 2, D. XLI, 2. - fr. 2. §. 5, D. X, 2. - fr. 41, §. 1, D. XLVI, 1. - fr. 76, D. XLVI, 3. - Cost. 2, 11, 14, C. VIII, 41, - Mühlenbruch, §. 36-39.

(9) Cost. 3, C. IV, 39. - Nullameno egli è in diritto d'opporsi alla divisione del credito ceduto che gli recherebbe pregiudizio. Arg. fr. 27, §. 8, D. XV, 1.

(10) Mühlenbruch, §. 46-64.

(11) Cost. 3, C. IV, 35. - Cost. 3, C. VIII, 42. - Cost. 4, C. VIII, 17.

(12) Fr. 23, §. 1, D. XVIII, 4.

(13) Fr. 16, pr. D. II, 14. - fr. 17, D. II, 15. - Cost. 3, C. VIII, 42.

ogni diritto del cedente, non che tutti i diritti accessorj (1).

2. Il cessionario deve sottoporsi a tutte l'eccezioni che il debitore potrebbe opporre al cedente (2).

3. Il cedente garantisce al cessionario la vera esistenza del credito ceduto, tranne quando glie n'ha fatto donazione; egli non è tenuto della solventezza del debitore che in quanto l'ha garantita, o trovasi in dolo (3).

§. 356. VI. Lex Anastasiana.

Per evitare che persone o per avidità di guadagno, o nella veduta d'ingannare il debitore, acquistino crediti, l'imperatore Anastasio ordinò, che colui, il quale acquistasse una obbligazione per un prezzo minore del suo vero valore, non potesse esigere dal debitore un prezzo maggiore di quello che aveva pagato, aumentato degl'interessi da calcolarsi a forma della legge. Questa disposizione fu in seguito rinnovata da Giustiniano con più precisione e chiarezza (4).

Da due combinate ordinanze emergono i seguenti principj:

1. La legge d'Anastasio non riguarda che le obbligazioni *comprate*; ma si applica anco alle obbligazioni vendute in parte, e in parte donate; perchè altrimenti si eluderebbe facilmente la legge.

2. Non si applica che alle obbligazioni aventi per oggetto danaro o altre cose fungibili.

3. Ma, ov' anco riunisca queste due condizioni, non trova eccezionalmente applicazione:

a) Nel caso di cessione in pagamento *(in solutum)*, quando le parti non hanno intenzione d' eluder la legge (5).

b) Quando coeredi e legatarj si cedono reciprocamente delle obbligazioni per facilitare la divisione.

c) Quando la cessione ha luogo per conservare e difendere il possesso d'una cosa che serve di garanzia a una obbligazione; per esempio, quando un creditore pignoratario o ipotecario di grado posteriore, paga chi lo precede, per subentrare in suo luogo e vece (6).

d) Quando l' obbligazione ceduta è indeterminata ed incerta al tempo della cessione (7).

e) Infine, quando si cede una universalità di crediti (*universitas nominum*) (8).

4. Nel caso in cui il debitore invochi contro il cessionario la legge d'Anastasio, questi ha per effetto d'estinguere a profitto del debitore, il reliquato della obbligazione non pagata, e di diminuire per ciò la obbligazione, per l' ammontare di questo reliquato (9); da ciò ne segue che il

(1) Fr. 6, 23, D. XVIII, 4. - Cost. 7, C. IV, 39.

(2) Fr. 17, D. II, 14. - Cost. 5, C. IV, 39. - Weber, *Dell'obbligazione naturale*, §. 117, nota 9.

(3) Fr. 4, 5, D. XVIII, 4. - fr. 74, §. 3, D. XXI, 2.

(4) Cost. 22, 23, C. IV, 35. - J. A. Bach, *Exercit. jur. civ. de lege Anastasiana*. Lips. 1855, et in ejusd. Opusc. ed. Klotz. Halæ, 1767, n. 9. B. H. Reinold, *Diss. ad legem Anastasianam*; in ejusdem opusc. ed. Jugler, p. 279. - J. Ch. Schele, *Spec. de justis limitibus lege Anastasiana nominis cessioni positis*. Helmst. 1794. - Fr. Ge. Anckelman, *Diss. de cessione nominis* Gœtt. 1791, §. 7. 13. - Glück, *Comm.* part. 16, §. 1024. - Mühlenbruch, §. 30-53.

(5) Per esempio, io prendo in prestito una certa somma, e cedo in seguito, in pagamento *(in solutum)* un credito più considerevole. Arg. Cost. 23, citata.

(6) Una Costituzione posteriore di Giustiniano (Cost. 24, C. IV, 35) distrugge tutte queste eccezioni, ma questa costituzione è una *lex restituta* non glossata.

(7) È vero che la legge non parla di questa eccezione; ma un credito incerto e indeterminato, non vale per certo il suo valore nominale, e colui che lo paga un prezzo minore, non l' acquista *pro vitiori prectio*.

(8) Mühlenbruch, p. 535. - Al presente la legge d'Anastasio non s' applica più alle recognizioni che *sono al portatore*.

(9) Secondo le parole espresse della

cessionario deve sempre fornire la prova del pagamento della obbligazione ceduta, poichè egli non può esigere dal debitore che la quota del suo pagamento e che questo fatto serva di base alla sua azione (1).

CAPITOLO TERZO

Del danno e sua Refezione (2).

§. 357. I. *Nozione del danno.*

Assai spesso un'obbligazione mira fin dal principio, alla refezione dei danni, e ogni obbligazione si risolve infine in una domanda d' indennità, quando per colpa del debitore, l'oggetto primo della obbligazione, o non è stato, o non ha potuto esser prestato. Il *danno* (*damnum*) è in generale ogni perdita che taluno ha provato (*damnum factum seu datum*) o che per lo meno ha temuto nel suo patrimonio (*damnum metuendum s. infectum*) (3). Il danno è *positivo* (*damnum emergens* o semplicemente *damnum*, nel vero significato della parola), allorquando vi è realmente diminuzione del nostro patrimonio (4); è *negativo* (*lucrum cessans s. lucrum interceptum*), allorquando ne viene impedito un lucro (5). Le due specie di danno, riunite, si designano nel diritto romano colle parole, *id quod interest* (6), per quanto una tale espressione non dinoti per ordinario se non ciò che è dovuto come riparazione di danno (*quanti ea res est*) oltre il prezzo della cosa danneggiata o distrutta (7); sovente ancora non si designa, con quella espressione, che il danno positivo (8). L'obbligazione di risarcire il danno che qualcuno ha sofferto, dicesi *præstatio damni*

Cost. 23, §. 1, citato: « Omne quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile ex utraque parte esse censemus; *et neque vi qui cessit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit aliquid lucri vel fieri, vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem* ». Mühlenbruch, pag. 529. - Thibaut, *Systeme*, §. 80. - Questa opinione però non è seguita da certi autori che vogliono dar continuazione alla obbligazione per la parte non pagata, come obbligazione naturale, a pro del cessionario.

(1) Thibaut, *Systeme*, §. 80. - Mühlenbruch, p. 577. - Vi sono degli autori i quali pensano che il debitore debba fornirne la prova: P. L. F. Eber, *Diss. de probatione cessionis legi Anastasianæ repugnantis*. Jenæ, 1781, §. 34.

(2) Donello, *Comm. jur. civ.* XXVI, 13, 23. - Ch. G. Webrn, *Doctrina juris explicatrix principiorum et causarum damni*. Lips. 1795. - Fr. Schœman, *Lehre vom Schadenersatze*, o *della riparazione del danno*. Part. 2. Giessen e Wetzlar, 1806.

(3) Fr. 2, D. XXXIX, 2.

(4) Fr. 3, D. ibid.

(5) Fr. 2, §. 11, D. XLIII. 8. - Cpr. fr. 13, pr. D. XLVI, 8. - fr. 21, §. 3, D. XIX, 1. - fr. 2, §. ult. D. XIII, 4. - fr. 19, D. X, 4.

(6) Fr. 21, 22, 23, D. IX, 2. - fr. 3, pr. D. XLVI, 8. - Codice VII, 47. - Schœman, part. 2. pag. 84, e seg. - J. F. Malblanch, *Observ. quædam de eo quod interest*. Tübing. - Glüch, *Comm.* part. 4. §. 332.

(7) Fr. 179, 193, D. L, 16. - fr. 1, pr. D. XIX, 1. - fr. 8, D. XII, 3. - Qualche volta, colle parole *quanti ea res est*, si vogliono significare gl' interessi; fr. 4, §. 7, D. XXXIX, 2. - fr. 3, §. ult. D. XLIII, 17.

(8) Fr. 71, §. 1, D. XLVII, 2.

§. 358. II. *Della causa del danno.*

Il danno può provenire:

A. Dal caso fortuito (*casus*).

B. Da un fatto o da una omissione volontaria dell'uomo.

1. Se il fatto o l'omissione proviene da colui che soffre il danno, si deve applicare la regola: *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire* (1).

2. Ma se il danno proviene dal fatto di persona diversa da quella che lo soffre, si distingue:

a) Se il fatto era *lecito*; allora si fa luogo all'applicazione della regola: *qui jure suo utitur neminem ledit* (2).

b) Se il fatto o l'omissione era *illecita, illegale*, nasce l'obbligazione di rifare il danno, ove possa venire imputato al suo autore (*dolus, culpa, mora*).

Infine, il danno può provenire:

C. Tanto da un fatto o da una omissione volontaria dell'uomo, quanto dal caso fortuito senza cui non sarebbe avvenuto (*casus mixtus*); allora si prende in considerazione il fatto o l'omissione, anzichè il rischio (3).

§. 359. A. *Del caso fortuito* (casus).

Il caso fortuito (*casus*) è qualunque avvenimento nocivo che l'uomo non può prevedere, o che, per lo meno, le sue forze non valgono ad impedire (4); è per questa ragione che il caso fortuito dicevasi ancora, nel diritto romano, *vis major, vis divina, vis naturalis, factum* (5). Il danno che il caso fortuito dee farci temere dicesi: *rischio* e *pericolo* (*periculum*) (6). Il caso fortuito deve in generale esser riguardato da chi ne sente danno, come una disgrazia, e niuno è in obbligo di risarcirlo (*præstare damnum*) (7), a menochè non abbia convenuto (8) di prestarlo, o che non esista altro motivo d'obbligazione; per esempio, quando abbia cagionato il danno per sua colpa (9), o che per disposizione particolare di legge, non sia tanto a ripararlo (10).

§. 360. B. *Del dolo e della colpa* (11).
I. *Nozione.*

Culpa, presso i Romani, comprende tutto ciò che noi diciamo *fallo*; per

---

(1) Fr. 203, D. L, 17.

(2) Fr. 151, 155, §. 1, D. ibid.

(3) Fr. 1, §. 4, D. XLIV, 7.

(4) Fr. 1, §. 4, D. XLIV, 7. - Cpr. fr. 15, §. 2; fr. 59, D. XIX. 2. - fr. 2, §. 7, D. L, 8. - fr. 24, §. 4, D. XXXIX, 2. - fr. 3, §. 1, D. IV, 9.

(5) Per esempio, fr. 25, §. 6; fr. 33; fr. 59, D. XIX, 2. - fr. 11, §. 5, D. IV, 4. - fr. 24, §. 4, D. XXXIX, 2.

(6) Fr. 9, §. ult., fr. 11, pr. D. XII, 1. - fr. 5, §. 14; fr. 10, §. 1, D. XIII, 6. - Dig. XVIII, 6.

(7) Fr. 23, in fine; fr. 185, D. L, 17. - Cost. 6, C. IV, 24. - Jo. Ch. Brandenburg, *Diss. sistens, principia generalia de damno casuali ejusque præstatione.* Gœtt. 1793.

(8) Fr. 7, §. 15, D. II, 14. - fr. 1, §. 35, D. XVI, 3. - fr. 9, §. 2; fr. 13, §. 5, D. XIX, 2.

(9) Fr. 1, §. 4, D. XLIV, 7. - § 2. J. III, 14 (15). - fr. 14, §. 1, D. XVI, 3. - fr. 5, §. 4, 7, D. XIII, 6. - fr. 11, §. 1, D. XIX, 2. - fr. 23, 82, §. 1, D. XLV, 1.

(10) Per esempio, nel caso della *noxa* e *pauperies.* Ist. IV, 8, 9. - D. IX, 1.

(11) Donello, *Comm. jur. civ.* XVI, 7. - Lebrun, *Saggio sulla prestazione delle colpe.* Parigi, 1764; pubblicato nuovamente con una dissertazione del Pothier su questo Saggio, a Parigi, 1813. - Thémis, VIII, pag. 129. - Gries, *De generibus et gradibus culpæ.* Gœtting. 1805. - Fr. Schœman, *Della refusione del danno*, part. 2. Giessen, et Wetslar, 1806. - E. Lœhr, *Die Theorie der culpa*, o *Teoria della colpa.* Giessen, 1806. - L. Dresch, *De indole et gradibus culpæ*, Mannheim, 1808. - Gensler, *Exerc. juris civilis ad doctrinam de culpa.* Fasc. 1, Jenæ, 1813. - Hasse, *Die culpa des rœm. Rechts*, o *Della colpa per diritto romano.* Kiel, 1815. - M. D'hauthuille ha pubblicato nella *Rivista della Legislazione e della Giurisprudenza* una breve esposizione della dottrina d'Hasse. La *Rivista delle Riviste del diritto* ha riprodotto

conseguenza qualunque illegalità imputabile, senza distinguere se resulti dal fatto (*facto*) o dall' omissione (*omissione*), ove provenga dalla volontà dell'agente, o da semplice inattenzione o negligenza. Presa in questo generale significato, la nozione della colpa comprende anche il dolo (1). Le idee di colpa e di dolo hanno dunque questo carattere comune, di fatti o omissioni illecite, che recano ad altri pregiudizio; reciprocamente, ogni fatto od illecita omissione, in questo significato, è una colpa. Nullameno per regola generale, l'omissione d'un fatto non costituisce attacco ai diritti altrui e non è una colpa; solo nei casi in cui una cagione particolare ne obbliga ad allontanare il danno da un terzo, non possiamo omettere il fatto che allontana questo danno. Per tale omissione si agisce contro ai diritti dell'altro, e siamo in colpa per ciò. Ma nel senso tecnico della parola il diritto romano fa una distinzione fra *dolus*, *culpa lata*, *culpa*, *et omissio diligentiæ*, secondochè in ogni illegalità si considera l'intenzione dell'agente, o secondochè il danno posa sopra un fatto od omissione. Prese in senso stretto le idee di dolo e di colpa si determinano nei modi seguenti:

1. Il dolo è ogni manovra fraudolenta commessa con intenzione di far danno, per cupidigia, scaltrezza e, in generale, con intenzione colpevole (*decipiendi causa*, *lucri animo*, *malitia*) (2).

2. La colpa lata (*culpa lata*, *latior s. dolo proxima*) è una *omissione* intenzionale di un fatto che noi dobbiamo eseguire per allontanare un danno dal terzo (3). Oltre questa omissione che costituisce la colpa grave, considerasi ancora come tale:

a) Quando per volontà rechiam danno con un fatto illecito, è vero, ma senza mala intenzione, per capriccio, leggerezza, petulanza (4);

b) Quando senza volontà di far danno, non abbiamo agito colla previsione d'uomo ragionevole (*dissoluta negligentia*, *nimia securitas*) (5).

c) Quando non abbiamo impiegato, amministrando le cose altrui, le cure che portiamo nelle nostre (6). In questi due ultimi casi l'agente è sempre considerato come se avesse voluto nuocere.

3. La semplice colpa è qualunque danno illecito fuori dell'intenzione, ma derivante da un fatto positivo, che noi cagioniamo ad altri, per inavvertenza o mancanza di riflessione; non si considera in tal caso la degradazione della negligenza, la quale però non deve essere della specie della colpa grave (7).

4. Finalmente, la diligenza (*diligen-*

---

quest'articolo, I, 24. - Ch. Fr. Elvers, *Doctrina juris civilis romani de culpa*. Gœtt. 1822. M. Simons, *Diss. de culpa secundum jus romanum et hodiernum*. Leodii, 1823. - Fr. Hænel, *Lehre vom Schadenersatze*, o *Del danno e riparazione*. Leipzig, 1823, § 11-60. - A. M. J. Molitor, *De culpa* negli *Annal. Acad. Leodiensis*, 1826-27.

(1) Fr. 5, §. 1, D. IX, 2. - fr. 15, §. 46, D. XLVII, 10. - Cost. 11, §. 1, C. V, 17. - Cost. 11, C. VII, 32. - Cicerone, *In Verrem*, lib. II, orat. 5, c. 17. - Tito Livio, 1, 28. - Tacito, Annales, 1, 51. - Ulpiano, VI, 10.

(2) Fr. 1, §. 2, D. IV, 3. - fr. 2, §. 5, D. XLIV, 4.

(3) Cost. 2, C. V, 55. - Cost. 2, C. V, 51. - Cost. 2, C. V, 75.

(4) Fr. 7, pr. D. XVI, 3. - fr. 7, §. 7, D. IV, 3. - fr. 8, §. 10, D. XVII, 1.

(5) Fr. 30, §. 3, D. IX, 2. - fr. 29, pr. D. XVII, 1. - fr. 213, §. 2. - fr. 223, pr. D. L, 16.

(6) Fr. 32, D. XVI, 3. - fr. 22, §. 3, D. XXXVI, 1.

(7) La parola *culpa* è presa in questo senso, quando da una parte è opposta al *dolo* e dall' altra alla *diligenza*. Cost. 11, C. IV, 35. - fr. 8, §. 3, D. XLIII, 26. - fr. 11, D. III, 5. - fr. 23, D. L, 17. - fr. 5, §. 2, D. XIII, 6. - fr. 1. pr. D. XXVII, 3, poco importa la degradazione della negligenza. È per questa ragione che non vi ha in diritto nessuna differenza fra *culpa*, *culpa omnis*, *culpa levis*, *culpa levissima*; questa ultima espressione non si presenta che una sola volta; fr. 45, pr.

tia) è la obbligazione di evitare il danno in ogni modo possibile; l'omissione dei fatti che potrebbero cagionarlo dicesi *omissio diligentiæ*, *negligentia*, *desidia*, quando non proviene da intenzione, ma da negligenza (1). La *custodia* è una specie particolare della *diligentia*. S'intende per essa le cure, che si debbono usare per la conservazione della cosa altrui, e comprende l'obbligazione di vigilare che la cosa non sia segretamente allontanata o usucapita (2).

§. 361. 2. *Della prestazione della colpa.*

Il risarcimento del danno cagionato (*præstatio culpæ*) per fatti od omissioni risultanti da colpa, dà luogo alle regole seguenti:

A. Quando la cosa, in rapporto alla quale è stata commessa la colpa non forma oggetto d' obbligazione fra il colpevole e il proprietario della cosa, conviene esaminare:

1. Se la colpa risulta da omissione, non è tenuto d'alcun danno.

2. Se risulta da un fatto, bisogna nuovamente distinguere:

a) Se chi ha commesso la colpa sapeva che la cosa apparteneva ad altri, egli è allora in obbligo di risarcire qualunque danno cagionato dal fatto suo proprio, senza aver riguardo al modo o al grado della colpa (3).

b) Se ignorava al contrario che la cosa appartenesse ad altri, e se in buona fede l'ha creduta di sua pertinenza, non è tenuto di alcun danno, di sorte chè non gli si può intentar contro azione, imperocchè neglesse quasi la cosa propria (4); ma dacchè l'azione è intentata, egli è responsabile d'ogni danno cagionato alla cosa tanto per un fatto nocivo come per una omissione (5).

B. Quando la cosa è oggetto d'una obbligazione fra due persone, si distingue fra il dolo, la colpa lata e la semplice colpa.

1. Il danno cagionato dal dolo, deve in ogni caso, venir riparato (6), e per quanto non sia permesso di convenire sulla non prestazione del dolo (*ne dolus præstetur*) (7), quegli che ha sofferto è non ostante libero di passar sopra al danno provato, o di non esigere l' obbligazione d' indennità (8).

2. La colpa lata è assimilabile al dolo, e deve sempre prestarsi, anche allorchè la legge non parla che del dolo (9).

3. Quanto alla semplice colpa, *diligentia* e *custodia*, o si regolano colle convenzioni delle parti, e allora bisogna a quelle riportarsi (10), ove

---

D. IX, 2. - Cpr. fr. 18, pr. D. XIII, 6. - fr. 25, §. 7, D. XIX, 2. - fr. 13, §. 1; fr. 14, D. XIII, 7; - §. 4, J. III, 14 (15). - Cost. 19, C. VIII, 14.

(1) Per esempio, §. 2, 4, J. III, 14 (15). - fr. 1, §. 3, D. XLIV, 7. - §. 1, J. III, 27 (28). Non esiste differenza fra *exacta* ed *exactissima diligentia*, fra *diligens et diligentissimus pater familias*. Così, quando la legge dice: *diligentiam præstare debet, quam in suis rebus*, fa una restrizione alla diligenza in generale. Per esempio: fr. 17, pr. D. XXIII, 3. - Cost. 11, C. V, 14. - fr. 72, D. XVII, 2. È ciò che i moderni appellano *culpa levis in concreto.*

(2) §. 18, J. IV. 1. - §. 3, J. III, 23, (24) e Teofilo, su questo paragrafo.

(3) Fr. 44, pr. D. IV, 2. - I casi di urgente necessità possono però formare eccezione. Per esempio: fr. 59, §. 1, D. ibid. - fr. 3, §. 7, D. XLVII, 9.

(4) Fr. 31, §. 3, D. V, 3. « Rem *quasi suam* neglexit ».

(5) Fr. 20, §. 11; fr. 25, §. 7, D. ibid. « Quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse ».

(6) Fr. 59, §. 1, D. XVII, 1. - Cost. 4, C. IV, 10. - Dig. XXXIX, 5.

(7) Fr. 27, §. 3, 4, D. II, 14. - fr. 1, §. 7, D. XVI, 3. - fr. 17, pr. D. XIII, 6. - fr. 23, D. L, 17. - fr. 11, §. ult. D. XIX, 1.

(8) Fr. 27, §. 3; fr. 7, §. 14, D. II, 14. - fr. 5, §. 7, D. XXVI, 7.

(9) Fr. 1, §. 1, D. XI, 6. « Latac ulpa plane dolo comparabitur ». - Fr. 29, pr. D. XVII, 1. - Fr. 32, D. XVI, 3. - fr. 226, D. L, 16.

(10) Fr. 11, §. 1, D. XIX, 1. - fr. 1, §. 10, D. XVI, 3.

non sieno contrarie alla legge (1); o non esistono convenzioni, e allora bisogna applicare le disposizioni legali (2), che sono differentissime, e di cui è d'uopo occuparsi tuttavolta che la materia vi si riporta. Basti qui l'indicare queste due regole generali; allorquando una convenzione è stata fatta nell'interesse delle due parti, esse debbono mutualmente prestare ogni colpa (3); e quando colui che deve prestare la *diligentia* trovasi nel caso di non poter dar le sue cure che ai proprj affari o a quelli d'altrui, egli è obbligato di prestarle prima a quelli del terzo (4).

C. In ogni caso in cui ha luogo un'azione in risarcimento di qualunque danno, non si può domandare, oltre il danno reale sofferto, il *lucrum cessans* e l' *id, quod interest*, che allorquando questa perdita è stata immediata conseguenza di un fatto illecito o dell'omissione dell'altro (5).

D. Infine, non bisogna perder di vista il principio generale che nessuno può arricchirsi a danno altrui (6).

§. 362. 3. *Della prova della colpa.*

Allorquando si è obbligati a rifondere il danno cagionato da un fatto illecito o da una omissione, bisogna distinguere il caso in cui si è tenuti della *diligentia* e *custodia*, e il caso in cui non si è responsabili che del dolo, della colpa lata o della semplice colpa.

1. Nel primo caso, si dee provare che si sono impiegate tutte le possibili premure, che il danno deriva da un caso fortuito inevitabile (7).

2. Nel secondo caso, chi esige il risarcimento del danno, deve in prima fornir la prova del fatto illecito o dell'omissione (8), e se si fonda sul dolo sulla colpa lata, egli è in diritto d'esigere, di essere ammesso al giuramento del valore e della stima (*juramentum in litem*), cioè a dire, che egli può determinare in danaro, conforme per giuramento e farsi rimborsare del danno provato e dell' *id quod interest*; può anche esigere il prezzo d'affezione che per lui la cosa riceveva. Nullameno il giudice può moderare queste pretese (9).

§. 363. C. *Della Mora.*

1. *Nozione e specie della Mora.*

La *mora* (*mora*) è un indugio recato alla esecuzione di un fatto al quale uno è obbligato (10).

1. Il *debitore* è in mora (*mora solvendi*) quando non adempie la sua obbligazione al termine fissato:

(1) Per esempio, fr. 6, D. XXIII, 4.

(2) Fr. 23, D. L, 17. - Jac. Gothofredus, *Ad. L.* 23, *D.* de *Reg. jur.*; nei suoi *Comm. in tit. Pand. de divi Reg. jur.* Ginevra 1653, p. 97. - G. Prousteau, *Recitationes ad L. 23 de reg. jur.* In Meerman, *Thes.* t. III, pag. 483. B. I. Grœninx van Zoelen, *De principiis generalibus, quibus usi videntur Jcti Romani in constituenda doctrina de doli et culpæ præstatione in bonæ fidei contractibus.* L. - B. 1824.

(3) Fr. 5, §. 2; fr. 18, pr. D. XIII, 6. - §. 4, J. III, 14 (15).

(4) Fr. 5, §. 4, D. XIII, 6.

(5) §. 10, J. IV, 3. - fr. 1, pr.; fr. 21. - §. 3, D. XIX, 1. - fr. 29, §. 3; fr. 23, §. 2, D. IX, 2. - fr. 11, D. X, 19.

(6) Fr. 206, D. L, 17. - fr. 14, D. XII, 6. - fr. 6, §. 2, D. XXIII, 3. - fr. 10, §. 3 D. XVII, 1.

(7) Fr. 9, §. 4, D. XIX, 2. - Cost. 5, C. IV, 24. - fr. 1, §. 13, D. XXVII, 8. - fr. 11, D. XXII, 3. - fr 11, D. XXVIII, 6.

(8) Fr. 18, §. 1, D. XXII, 3.

(9) D. XII, 3. - Codice, V. 53. - Il giuramento *Zenonianum* è una specie di giuramento *in litem*. Cost. 9, C. VIII, 4. - Cap. ult. X, 1, 40. - Donello, *Comm. jur. civ.* XXVI, 6. - 12. Glück, *Comm.* part. 12. §. 813. - F. L. Meyer, *Diss. de juramento in litem.* Gœtt. 1805.

(10) Essa appellasi ancora *frustratio*, fr. 37, D. XVII, 1. - fr. 3, §. 4, D. XXII, 1. In seguito, *cessatio* o *dilatio*; fr. 17, pr.; fr. 21, D. ibid. - V. in generale: Donello *De usuris, fructibus, mora etc.* Francof. 1589. - Heinning. Ratien, *De mora secundum juris romani principia comm. prior.* Kiliæ, 1824.

a) Per l'apprensione del possesso illecito d'una cosa (1); la mora incomincia dal momento dell'apprensione del possesso, e continua fino alla restituzione della cosa (*mora ex re*).

b) Quando non si è pagato al giorno del pagamento (*mora ex persona*).

La mora s'incorre di pieno diritto, per il solo spirare del termine, fissato dalla legge, per convenzione o per testamento, il creditore non ha bisogno d'interpellare il debitore (*dies interpellat pro homine*) (2); ma se il termine non è fissato, la mora non comincia che dal momento dell'interpellazione (3).

2. Ha luogo la mora per parte del *creditore* (*mora accipiendi*); quando egli ricusa di accettare quanto dal debitore gli viene valevolmente offerto (4); quando ricusa di far conoscere al debitore le diverse poste del debito (5); infine, se nel giorno e luogo indicato e convenuto non si presenta per ricevere il pagamento (6).

3. Perchè tanto il debitore che il creditore sia costituito in mora, non è necessario, che quegli il quale è in mora, sia in colpa (7); la mora e sue conseguenze pregiudicevoli han luogo allorquando da lui e non dal suo avversario dipende che la cosa non è stata prestata o ricevuta nel tempo indicato (8), a meno che il ritardo non sia cagionato da un motivo particolare (9).

§. 364. 2. *Effetti della mora.*

1. Il debitore, per la sua mora, non fa cessare l'esistenza del debito (10); egli deve indennizzare il creditore dei frutti dal momento in cui è costituito in mora, pagar gl'interessi e prestare in generale *omne quod interest* (11); è responsabile, dal momento della mora, del danno fortuito (12) in tutti i casi della mora *ex re* (13), e nel caso della mora *ex persona*, in cui non può provocare che la cosa sarebbe egualmente perita nelle mani del creditore (14); infine è anche tenuto a pagare la clau-

---

(1) Fr. 8, §. 1, D. XIII, 1. - «Semper enim moram fur facere videtur». - fr. 20, D. ibid.

(2) Fr. 5, D. XII, 1. - fr. 114, D. XIV, 1. - fr. 47, D. XIX, 1. - fr. 5, pr. D. L, 10. - Cost. 12, C. VIII, 38.

(3) Fr. 32, pr. D. XXII, 1.

(4) Fr. 72, pr. D. XLVI, 3. - fr. 73, §. 2; fr. 122, pr. D. XLV, 1. - fr. 39, D. L, 17. - Cost. 6, C. IV, 32.

(5) Cost. 4, C. V, 5?.

(6) Fr. 18, pr. D. XIII, 5.

(7) La maggior parte degli autori pensano diversamente, ma v. fr. 3, §. 4. D. XIX, 1. - fr. 137, §. 4, D. XLV, 1. - fr. 18, pr. D. XIII, 5. - Schoeman, part. 2. p. 12, e seg. - Hænel, §. 70.

(8) Da ciò: cum per te steterit, cum per te mora fuit, cum per te factum facit, quo minus etc. - fr. 21, §. 3, D. XIX, 1. - fr. ult. D. XVIII, 6. - fr. 5, D. XII, 1. - fr. 135, §. 2, D. XLV, 1. - Queste espressioni comprendono senza dubbio anche il caso fortuito, tanto del debitore che del creditore.

(9) Per esempio, fr. 7; fr. 21-23, pr. D. XXII, 1. - fr. 73, 137, §. 2-4, D. XLV, 1. - fr. 6, D. XLIV, 4. - fr. 161, D. L, 17. - fr. 17, §. 3, D. XXII, 1. - fr. 18, §. 1, D. XVIII, 6. - Cost. 24, C. VIII, 45. In generale questo punto è rilasciato al conto che ne farà il giudice. - fr. 32, pr. D. XXII, 1. - fr. 91, §. 3, D. XLV, 1.

(10) Fr. 91, §. 3, D. XLV, 1. - fr. 24, §. 2, D. XII, 1. - fr. 173, §. 2, D. L, 17.

(11) Fr. 8, §. 6, D. XLIII, 26: - «*Ubi moram quis fecit, omnem causam debebit constituere.*» fr. 17, §. 1, D. VI, 1. - fr. 19, D. XVIII, 6. - fr. 3, pr.; fr. 17, §. 3, 4; fr. 32, §. 2; fr. 34; fr. 41, pr. D. XXII, 1. - fr. 1, pr.; fr. 3, §. 3; fr. 21, §. 3, D. XIX, 1.

(12) Fr. 82, §. 1, D. XLV, 1. - fr. 39, §. 1; fr. 108, §. 11, D. XXX. - fr. 14, D. XXIII, 3. - fr. 5, D. XII, 1. - Cost. ult. C. IV, 7. - Ch. G. Gmelin, *Diss. de casu post moram præstando*. Tubing, 1804.

(13) Fr. 8, §. 1; fr. 16; fr. 20, D. XIII, 1. - fr. 40, pr. D. V, 3. - fr. 50, pr. D. XLVII, 2. - Cost. 9, C. VI, 2. - Cost. 2, C. IV, 8.

(14) Fr. 14, §. 1, D. XVI, 3. - fr. 40, pr. D. V, 3. - fr. 15, §. 3, D. VI, 1. - fr. 12, §. 4, D. X, 4. - fr. 47, §. 6, D. XXX. - Glück, *Comm.* t. IV, p. 414.

sula penale stipulata in caso di mora (1).

2. Il creditore per la sua mora, libera il debitore dalle conseguenze pregiudicevoli di lei (2), e non lo tiene più obbligato che del dolo (3); egli divien responsabile dei rischi e pericoli della cosa che erano a carico del debitore, e senza distinguere se l'oggetto del debito era di specie, genere o quantità (4).

3. Finalmente, la mora d'ambedue le parti opera, ov'abbia luogo *contemporaneamente* una compensazione di mora (*compensatio moræ*), vale a dire che le cose rimangono come se niuna delle parti fosse stata in mora (5); ma se debitore e creditore non sono *contemporaneamente* in mora, la prima distrugge la seconda, che non reca pregiudizio a colui che vi si è fatto costituire (*posterior mora nocet*), senza però fargli perdere i diritti che la mora che egli ha fatto cessare gli ha accordati (6). Le domande di mora debbono essere intentate nel tempo dell'azione principale (7).

§. 365. 3. *Come cessa la mora?*

La mora cessa (*mora purgatur*):

1. Per parte del debitore, mediante la dichiarazione di adempire alla obbligazione, finchè la cosa esiste (8), o per un nuovo spazio che il creditore gli accorda (9).

2. Per parte del creditore, la mora cessa per la dichiarazione di accettare le offerte, e chiedendo, a tal uopo, al debitore l'esecuzione della sua obbligazione (10).

3. La mora del debitore e del creditore cessa coll'estinzione del debito, sia per pagamento, sia per novazione, sia in qualunque altra maniera (11).

§. 366. III. *Degl'interessi.*
A. *Nozioni.*

Oltre la prestazione della cosa principale, le obbligazioni traggono seco quasi sempre gl'interessi (12). Il *capitale (sors, caput)* è la somma di danaro o la quantità delle cose fungibili, che forma l'oggetto principale d'una obbligazione; ciò che il debi-

---

(1) Fr. 23, pr. D. IV, 8. - fr. 47, D. XIX, 1. - fr. 23, D. XLV, 1.

(2) Fr. 7, D. XXII, 1. - fr. 39, 161. D. L, 17. - Ma se innanzi la mora del creditore, egli doveva pagare, per altra causa degli interessi, di cui viene arretrato il corso, egli è tenuto a depositare giudicialmente la somma; le sole offerte non lo liberano; fr. 7, D. XXII, 1. - Cost. 6, 9, C. IV, 32.

(3) Fr. 5, 17, D. XVIII, 6. - fr. 9, D. XXIV, 3.

(4) Fr. 105, D. XLV, 1. - fr. 72, pr. D. XLVI, 3.

(5) Fr. 17, D. XVIII, 6. - fr. 51, pr. D. XIX, 1. - Arg. fr. 39, D. XXIV, 3. - fr. 3, §. 3, D. II, 10. - fr. 36, D. IV, 3.

(6) Fr. 17, D. XVIII, 6. - fr. 37, D. XVII, 1. - fr. 7, D. XXII, 1. - fr. 51, §. 1, D. XIX, 1. - fr. 26. D. XXIV, 3. - fr. 91, §. 3; fr. 135, §. 2, D. XLV, 1. - Schoeman, part. 2. p. 27.

(7) Fr. 49, §. 1, D. XIX, 1. - Cost. 4, C. IV, 34. - Cost. 13, 26, pr. C. IV, 32.

(8) Fr. 73, §. 2; fr. 81, §. 3, D. XLV, 1.

(9) Fr. 8, pr. D. XLVI, 2.

(10) Fr. 7, in fine, D. XXII, 1.

(11) Fr. 14, pr.; fr. 15; fr. 31, pr. D. XLVI, 2.

(12) Paolo, II, 14. - Dig. XXII, 1. - Codice, IV, 32. - V, 56. — VII, 54. — Nov. 32, 33, 34, 121, 138; la prima e l'ultima di queste novelle non sono glossate. - Donello, *Tract. de usuris, fructibus et mora*. In oper. prior. Francof. ad M. 1589, p. 1. - G. Noodt, *De fœnore et usuris libri III*. In oper. t. 1. — Glück, *Comm.* part. 21, §. 1129-1198. Sul modo di calcolare gl'interessi presso i Romani, v. Niebuhr, *Storia* romana, 1. ed. t. II, p. 431. - Sckweppe, *Storia del dir. rom.* §. 261. - Hipp. *De fœnore veterum Romanorum*. Hamb. 1828. - C. Salmatius, *De usuris*. Lugd. Bat. 1638, et *De modo usurarum*, ibid. 1639. - J. F. Gronovius, *De Sestertiis s. de pecunia vetere, de usuris centesimis et de fœnore unciario*. Lugd. Bat. 1661, 1671. - Heineccius. *Antiq. Rom.* III, 15, §. 4-30.

tore deve, oltre questa somma, in oggetti della natura stessa, in ragion dell'uso ch'egli ha fatto del capitale, o perchè ha privato il creditore del godimento di lui, dicesi *interessi*, *(usuræ, fœnus)* (1). Gl'interessi suppongono dunque sempre un capitale con cui essi cessano, e di cui l'esistenza deve sempre provarsi; perchè il pagamento stesso degl'interessi pendenti più anni, non fa nascere alcuna presunzione per l'esistenza di un debito principale (2).

§. 367. B. *Causa degl' interessi.*

L'obbligazione di pagare degl'interessi suppone sempre una causa particolare, che può derivare:

I. Dalla legge *(usuræ legales)*.

A. Questa causa può riposare sopra una disposizione generale *(in jure communi)*. In caso tale è colui, che impiega a suo profitto l'altrui danaro, egli è obbligato non solo a restituirlo, ma a pagarne anco gl'interessi dal momento in cui l'ha impiegato (3); il compratore d'una cosa, quando non gli si è dato credito del prezzo di compra, è tenuto a pagarne gl'interessi dal momento della tradizione (4), anche allora che ritenendo questo prezzo non è in mora (5).

B. Questa causa può riposare ancora sopra una disposizione particolare introdotta in favore del creditore *(in jure singulari)*: in tal caso è colui che deve del danaro a un pupillo; egli è in obbligo di pagare gli interessi della intera somma arretrata, anche quando non è in mora (6).

II. Da un fatto che costringe al pagamento degl'interessi. Questo può essere:

A. Una convenzione *(usuræ conventionales)* (7).

B. Un fatto unilaterale, il quale può essere:

1. Un fatto lecito, come una promessa (8) o un testamento (*usuræ testamentariæ*) (9).

2. Un fatto illecito. A questi, particolarmente, appartengono:

a) La mora del debitore (*usuræ ex mora*), come il caso in cui illecitamente si priva un altro dell'uso del suo danaro (10).

b) Il caso in cui s'impiega senza ragione il danaro altrui in proprio uso (11).

c) E il caso in cui per negligenza, non si pone a frutto l'altrui capitale da noi amministrato (12).

III. Infine, si vuol anco notare che il pagamento dei frutti continuato per più anni, produce obbligazione di pagarli anco per l'avvenire (13), e che quegli che riceve in anticipazione il pagamento dei frutti per un certo tempo, non può durante il medesimo

(1) Fr. 17, §. 3, D. XXII, 1. - fr. 13, §. 20, D. XIX, 1. Quindi, si danno i frutti non solo del danaro, ma anco delle altre cose fundibili, come dell'olio, ed altro al di sopra della misura (*additamentum*). Cost. 23, C. IV, 32.

(2) Vi sono altri autori che la pensano diversamente, a causa del fr. 6, D. XXII, 1.

(3) Fr. 19, §. 4, D. III, 5. - fr. 12, §. 9, D. XVII, 1. - fr. 6. D. XXII, 1.

(4) Fr. 13, §. 20, D. XIX, 1. - fr. 18, §. 1, D. XXII, 1. - Cost. 5, C. IV, 49. - Cost. 2, C. IV, 32. - *Fragm. vat.* §. 2.

(5) Per esempio, quando lo ritiene, minacciato d'evizione, o perchè fu sequestrato in sue mani. Nullameno, egli può liberarsi dalle usure depositando giudicialmente il prezzo; fr. 7, D. XXII, 1. - Cost. 6, 9, C. IV, 32.

(6) Fr. 87, §. 1, D. XXXI. - Cost. 3, C. II, 41. - Cost. 5. C. IV, 49.

(7) Cost. 4, C. IV, 32.

(8) Fr. 10, D. L, 12.

(9) Fr. 3, §. 6, D. XXXIII, 1.

(10) Fr. 24, D. XVI, 3. - Fr. 32, §. 2, D. XXII, 1. - fr. 8, §. 1; fr. 20, D. XIII, 7. - « Fur enim semper moram facere videtur ».

(11) Fr. 28, D. XVI, 3. - fr. 1, §. 1, D. XXII, 1. - fr. 7, §. 10, 12, D. XXVI, 7. - fr. 38, D. III, 5. - fr. 10, §. 3, D. XVII, 1.

(12) Fr. 19, §. 4, D. III, 5. - fr. 7, §. 3; fr. 10; fr. 15; fr. 58, §. 1, D. XXVI, 7.

(13) Fr. 6, D. XXII, 1.

spazio, esigere il capitale (1). Ma non gli è permesso di farsi pagare anticipatamente queste usure fin tanto che non si rende per ciò colpevole d'usura proibita (2).

§. 368. C. *Della tassa dell'interesse.*

La tassa degl'interessi convenzionali è ordinariamente fissata dalla convenzione; in tutti gli altri casi, è determinata dalla legge:

1. Quanto agl'interessi convenzionali, le *personæ illustres* e le persone di un grado superiore potevano, per diritto romano, prendere il 4 0/0, i negozianti e i fabbricanti 8 0/0 e tutte le altre persone 6 0/0.

2. Gl'interessi legali e quelli che risultano dalla mora, sono in generale del 6 0/0 (3), in qualche caso del 3 o 4 0/0 (4), ed in altri anco del 12 0/0 (5).

3. Le seguenti limitazioni s'applicano anche agl'interessi:

a) Gl'interessi arretrati, che sorpassano il capitale (*usuræ ultra alterum tantum*), non son di dovere (6).

b) Non è permesso l'interesse dell'interesse (*anatocismus*), e poco importa che sia aggiunto al capitale (*anatocismus conjectus*), o che riguardato come capitale, il debitore ne paghi le usure (*anatocismus separatus*) (7). Ma l'anatocismo non esiste che allorquando lo stesso debitore paga allo stesso creditore gl'interessi degl'interessi che gli deve. Così non ha luogo l'anatocismo allorquando un creditore presta ad un terzo, come capitale, gl'interessi che percipe dal suo debitore, o allorquando si paga gl'interessi degl'interessi che un altro deve (8).

4. Tutti gli atti che mirano ad eludere le proibizioni di prendere gli interessi, di cui abbiamo parlato, son nulli e costituiscono il delitto d'usura (9) Non si dee pagare ciò che è stato promesso oltre il dovere, e se di già è stato pagato, bisogna esaminare se il capitale trovasi o no nelle mani del creditore: nel primo caso, il capitale diminuisce *ipso jure*, fino a concorrenza del di più che si è pagato per interesse; nel secondo, ciò che è stato pagato di più, può ripetersi colla *condictio indebiti* (10).

§. 369. D. Interusurium.

L'*abbuono* (*interusurium*, *commodum medii temporis s. representationis*) differisce dalle usure. Ciò significa un di meno cui il debitore può pretendere, pagando prima della scadenza e col consenso del creditore, un debito infruttifero (11). La questione secondo qual principio quest' abbuono debba calcolarsi, quando le parti interessate non lo determinarono per convenzione, è molto con-

(1) Fr. 57, D. II, 14. - fr. 2, §. 6, XLIV, 4.

(2) Cost. 26, §. 1. C. IV, 32. - C. Rœder. *Diss. de usuris in futurum acceptis.* Giess. 1830.

(3) Cost. 26, §. 1, C. IV, 32.

(4) Cost. 26 citata.

(5) 4 0/0: Cost. 31, §. 2, C. V, 12. - Cost. unic. §. 7, C. V, 13. - Nov. 2, c. 4. - Nov. 22, c. 44, s. 4, 7, 8. - Nov. 34, c. 1. - 3 0/0: Cost. 12, pr. C. III, 31.

(6) Cost. 23, 26. §. 1, C. IV, 32. - Cost. 2, 3, C. VII, 54. - Cost. 4, C. VIII, 10. - fr. 54, D. XXVI, 7. - fr. 38, D. III, 5.

(7) Cost. 10, C. IV, 32. - Cpr. Cost. 27, §. 1, C. ibid. - fr. 26, §. 1, D. XII, 6. - Delle leggi posteriori, Cost. 20, 30 : C. ibid; Nov. 181, 138, estesero questo principio alle usure pagate successivamente.

(8) Cost. 28, C. ibid. - Pufendorf, *Observ. Jur. univ.* t. I, obs. 14.

(9) In tal guisa si spiegano i fr. 7, §. 12; fr. 9, §. 4; fr. 58, §. 1, D. XXVI, 7.

(10) Fr. 9, pr. D. XII, 1. - Cost. 13, C. IV, 32. - fr. 44, D. XXII, 1. - fr. 13, §. 26, D. XIX, 1.

(11) Cost. 18, 26, §. 1, C. IV, 32. - fr. 26, §. 1, 2, D. XII, 6.

troversa (1); molte ragioni frattanto sembrano militare in favore del principio, che il debitore debba pagare una somma che, con gl'interessi ordinarj calcolati fino al giorno della scadenza del debito, equivarrebbe al capitale (2).

(1) Fr. 1, §. 10, D. XXXV, 2. — fr. 24, §. 2, D. XXIV, 3. - fr. 10, §. 12; fr. 17, §. 2, D. XLII, 8.

(2) B. Carpzov, *Dec.* P. 3, dec. 275. — G. G. Leibnitz, *Medit. jurid. math. de interusurio.* In actis erud. ann. 1683, p. 425. — F. Zachariæ, *Ueber die richtige Berechnungsart des Interusurii*, o *del Calcolo dell' Interusurium.* Greifswald, 1831.

Hoffmann, Scrader, Seuffert, Zachariæ e Goeschen dividono questa opinione. Thibaut, *System.* §. 289, adotta il principio di Leibnitz, secondo il quale si deve calcolare i frutti dei frutti della somma da darsi.

SEZIONE SECONDA

Delle Cause da cui derivano le obbligazioni.

§. 370. *Colpo d'occhio generale.*

Una obbligazione che dà luogo ad azione può derivare:

1. Dalla *convenzione* (*contractus*, *pacta*).
2. Da *azioni illecite* e *dai delitti* (*delicta, maleficia*).
3. Da *diverse altre cause legali* (*variæ causarum figuræ*) alle quali appartengono particolarmente le obbligazioni nascenti *da un quasi contratto e da un quasi delitto* (*quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*), e molte altre ancora (1).

CAPITOLO PRIMO

Obbligazioni nascenti dalle convenzioni (2).

§. 371. I. *Nozione della convenzione.*

La convenzione (*pactum*, *conventio*), in generale è il concorso della volontà di due o più persone in rapporto a un diritto che deve aver vita fra esse (3). Le convenzioni, possono dunque partorire ed estinguere tanto i rapporti di famiglia, quanto i diritti sovra i beni d'ogni specie (4). Ma qui non si può parlare che delle convenzioni, le quali *danno luogo a una obbligazione;* suppongono esse per lo meno due persone, indipendenti, l'una dall'altra, una delle quali promette di dare una cosa determinata, all'altra che l'accetta (5). L'accettazione segue ordinariamente la promessa, ma può anche precederla come dimanda (6).

---

(1) Fr. 1, pr. D. XLIV, 7. « Obligationes aut ex *contractu* nascuntur, aut ex *maleficio*, aut proprio quodam jure *ex variis causarum figuris* ». - §. 2, J. III, 13, (14). « Obligationes aut *ex contractu* sunt, aut *quasi ex contractu*, aut *ex maleficio*, *aut quasi ex maleficio* ». Cpr. Gajo, III, 88. - J. O. Westenberg, *De causis obligationum liber singularis seu dissertat.* IX, in *Oper.* p. 57.

(2) Paolo, I, t. 1. - Dig. II, 14. - Codice, II, 3. - Cujacio, *Comm. ad tit Dig. de pactis.* In Oper. t. I, p. 933, seg. Idem, *Recitat. in tit. Cod. de pactis*, in Oper. t. IX, p. 24, - Donello, *Comm. ad tit. Dig. de V. O. et ad tit. Cod. de pactis.* In oper. t. VII, e XI.

(3) Fr. 1, §. 1, 2, D. II, 14.

(4) A eccezione del diritto di successione, la base del quale in diritto romano non può essere la convenzione.

(5) Fr. 1, §. 2, 3, D. II, 14. - Fr. 3, pr. D. L, 12.

(6) Per esempio: « rogavit Titius, spopondit Mævius » fr. 7. §. 12, D. II, 14.

§. 372. II. *Delle promesse e dei voti.*

Molto differenti dalle convenzioni sono:

1. Le promesse preventive sull'oggetto d'una convenzione e sue condizioni. In generale, non sono esse obbligatorie che allorquando la convenzione è stata conclusa (1).

2. La pollicitazione, che è generalmente una promessa non accettata (2). Essa non è obbligatoria per colui che l'ha fatta, tranne quando è in favore dello Stato o d'una città; in questi casi il promittente obbliga sè e suoi eredi, ove siasi impegnato per motivo particolare, che si compie in progresso; ma se si è impegnato senza un motivo particolare, egli non si obbliga che per un principio d'esecuzione (3).

3. Il voto (*votum*) o la promessa di una certa prestazione, fatta per pietà e con fine religioso. In diritto romano, il voto era obbligatorio, anche per l'erede, s'egli l'aveva esternato; in diritto canonico, si aveva, come promessa fatta a Dio, dal momento in cui era fatta internamente (4); ma si suppone sempre che il voto sia stato diretto ad un oggetto lecito e che sia stato pronunziato liberamente da persona capace d'obbligarsi (5).

§. 373. III. *Condizioni delle convenzioni.* A. *Generalità.*

Qualunque convenzione per cui uno s'obbliga verso l'altro a una certa prestazione, è un atto giuridico. I principj generali, più sopra esposti da noi, s'applicano dunque alle convenzioni. Ma la convenzione esige in particolare il *concorso della volontà*, o il *consenso reciproco* dei contraenti (6). Così colui che non può prestar consenso, e anche incapace di contrattare, e colui che, per un atto giuridico, ha bisogno dell'autorizzazione del tutore o del consenso del curatore, non può, senz'essi, porre in essere una convenzione.

§. 374. *Delle cause che viziano il consenso.* 1. *Del dolo.*

Il consenso dei contraenti deve esser libero e vero. Alle cause che lo viziano appartengono:

A. Il dolo (7).

1. Quando le due parti hanno reciprocamente commesso un dolo, la compensazione ha luogo, senza aver riguardo all'estensione del danno, risultato del dolo, e nè l'una nè l'altra può intentare azione nè in esecuzione del contratto, nè per l'indennità (8).

2. Se una delle parti soltanto ha usato il dolo verso l'altra, bisogna esaminare se è *principale* o *incidente* (*causam dans*, o *incidens*). Nel primo

---

(1) Si possono anco redigere preventivamente in scrittura le condizioni d'una convenzione. V. la Cost. 17, C. IV, 21.

(2) Fr. 3, pr. D. L, 12. - Ch. H. Barth, *De pollicitatione*, Halæ, 1779. - A. Wichers, *Diss. de romano pollicitationum jure*. Grœning. 1805.

(3) Fr. 1, §. 1, 2; fr. 3, pr.; fr. 6, pr.; fr. 9; fr. 14, D. L, 12. In tal caso non è necessario per la validità della pollicitazione, che il promittente sia presente.

(4) Fr. 2, D. L, 2. - c. 1, 3, C. XVII, qu. 1. - c. 3, 6, X. 3, 34. - c. 18, X. 3, 39.

(5) C. 1, 5, 10, 12, 13, 15, C. XII, qu. 4. - c. 1, X. 1, 40. - c. 14, C. XXXII, qu. 2.

(6) Fr. 1, §. 2, 3, D. II, 14. - fr. 3, pr. D. L, 12.

(7) L. J. Neustetel, *Bonæ fidei negotia dolo inita non esse nulla.* Heidelb. 1818.

(8) Fr. 36, D. IV, 3. - fr. 3, §. 3, D. II, 10. - fr. 154, pr. D. L. 17. - Cpr. al fr. 57, §. 3, D. XVIII, 1 e Neustetel, c. 10.

caso, la parte ingannata può domandare la nullità dell' intera convenzione (1); nel secondo caso, quegli che è vittima del dolo non ha diritto che ai danni (2).

3. Infine, il dolo posto in essere da un terzo dà alla parte lesa, ove ella non ne abbia altre, l'azione del dolo (*actio doli*) contro colui che ne ha fatto uso (3), e contro la parte, colla quale ha contrattato, una domanda d'indennità, in quanto è venuto a locupletarsi per causa del dolo (4).

§. 375. 2. *Della violenza.*

Fra le cause che viziano il consenso si annovera:

B. La violenza.

Esercitata da colui al quale si è promesso, produce gli effetti medesimi del dolo (5), ma quando proviene da un terzo, annulla il contratto, se quegli cui si è promesso, ne avea cognizione (6); nel caso contrario, bisogna vedere se la convenzione era o no eseguita. Nel primo caso, essa generalmente riman valida, e il promittente non può ricorrere che contro colui che ha esercitato la violenza (7). Nel secondo caso, oppone egli l'eccezione *quod metus causa*, essendo azionato per l'esecuzione della convenzione (8).

§. 376. 3. *Dell' errore.*

Alle cause che vizia il consenso appartiene:

C. L'errore.

1. Allorchè l'errore cade sopra una condizione *essenziale*, vizia la convenzione (9). Così l'errore sulla *cosa* che forma oggetto della convenzione, o sulle qualità essenziali della cosa (10); l'errore sulla *specie* della convenzione (11); l'errore sulla *persona dei contraenti*, ma solo quando la considerazione della persona determina la convenzione, o allorchè, come nelle donazioni, la convenzione è stata fatta in ragion della persona (12); l'errore sul *prezzo*, ma nel caso solamente in cui quegli che deve pagare, offre un prezzo creduto minore dell'altro (13).

2. Quando l'errore cade sugli *accessorj*, non vi ha, per regola generale, che un'azione in risarcimento, e la convenzione riman valida (14). L'errore sulle cagioni che hanno de-

(1) Fr. 7, pr. D. IV, 3. - fr. 3, §. 3, D. XVII, 2. - fr. 11, §. 5, D. XIX, 1. - Cost. 5, 8, C. IV, 44. - Neustetel, c. 4-9. - Cpr. più sotto §. 749.

(2) Fr. 13, §. 4, D. XIX, 1. - Cf. fr. 32, D. ibid. - fr. 45, D. XVIII, 1. - J. H. Reuter, *Diss. de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu*. Halæ, 1744. - Noodt, *De forma emendandi doli mali*, c. 7, seg. e molti altri nullameno pensano diversamente; essi pretendono che ogni specie di dolo annulli la convenzione.

(3) Fr. 1, §. 8; fr. 2-8; fr. 9, §. 1; fr. 19; fr. 40, D. IV, 3.

(4) Fr. 18, §. 3, D. ibid. - B. J. Reulbach, *De dolo tertii ejusque effectu*, Heidelb. 1812.

(5) Fr. 116, pr. D. L, 17. - fr. 21, §. 1, 3, D. IV, 2. - Cost. 1, C. IV, 44. - Cost. 11, 12, C. II, 20.

(6) Cost. 5, C. II, 20.

(7) Fr. 14, §. 3, D. IV, 2.

(8) Fr. 4, §. 33, D. XLIV, 4.

(9) Fr. 57, D. XLIV, 7. - G. L. Kern, *De errore contrahentium*. Gœtt. 1806. - P. L. Kritz, *De erroris facti in emtione venditione effectibus*. Lips. 1813. - K. Richelmann, *Comment. de facti errore in conventionibus*, Gœtt. 1832.

(10) Fr. 137, §. 1, D. XLV, 1. - Cpr. §. 9, pr. §. 2; fr. 14; fr. 15; pr.; fr. 16, pr.; fr. 22; fr. 23; fr. 57, pr. D. XVIII, 1.

(11) Fr. 57, D. XLIV, 7. - fr. 18, pr. §. 1, D. XII, 1. - fr. 36, D. XLI, 1.

(12) Arg. fr. 9, pr. D. XXVIII, 5. - fr. 72, §. 6, D. XXXV, 1. - Cost. 4. C. VI, 24.

(13) Fr. 9, pr. D. XVIII, 1. - fr. 52, D. XIX, 2. - Arg. fr. 1, §. 4; fr. 83, §. 1, D. XLV, 1.

(14) Per esempio, fr. 40, §. 2, D. XVIII, 1. - Cpr. fr. 34, pr.; fr. 57, pr. D. ibid. - fr. 42, D. XIX, 1.

terminate le parti contraenti, ove esse non siano condizione espressa della convenzione, o allorquando uno dei contraenti ha consentito, credendosi legalmente obbligato a contrattare (1), non esercita alcuna influenza sulla convenzione.

§. 377. 4. *Della simulazione.*

Infine, è fra le cause che viziano il consenso:

D. La simulazione.

1. Quando le due parti hanno finto di contrattare (2), non esiste più convenzione (3).

2. Ma se velano una convenzione sotto l'apparenza d'un' altra, bisogna esaminare l'atto secondo i principj della convenzione reale (4). Questa è valida, a meno che non sia contraria alla legge (5).

§. 378. IV. *Delle modalità della canvenzione.*

Una convenzione, come qualunque altro atto giuridico, può essere concluso puramente e semplicemente, a termine, sotto condizione, sotto un modo, e gli effetti di queste qualità accessorie si determinano secondo i principii generali. Ma queste modalità si reputano talvolta una cosa impossibile; allora:

1. La condizione affermativa impossibile annulla la convenzione, senza distinguere se sia fisicamente o moralmente impossibile (6):

2. La condizione negativa impossibile, se è fisica, riguardarsi come non scritta (7); se è morale, annulla la convenzione, come se alcuno si faccia promettere qualche cosa da un altro purchè non commetta, *egli*, un'azione vergognosa (8); ma è valida quando alcuno si fa promettere una cosa, pel caso in cui la parte che contrae seco lui non commetta un' azione illecita (9).

3. Il modo *(modus)*, fisicamente o moralmente impossibile, si ha sempre come non scritto (10).

§. 379. V. *Effetti delle convenzioni.*

Per regola generale, le convenzioni obbligano le parti contraenti e loro eredi; esse non sono obbligatorie pei terzi (11). Ma questa regola soffre delle eccezioni: l'effetto di una convenzione, si restringe sovente alla persona dei contraenti, e non passa agli eredi, quando tale è la natura delle convenzioni, o quando questa restrizione è stata espressamente stipulata (12); un terzo può egualmente,

---

(1) Fr. 58, D. XVIII, 1. - fr. 5, §. 1, D. XIX, 1.

(2) Se uno dei promittenti soltanto agisce simulatamente, mentre l' altro è in buona fede, o se un terzo simula in danno di uno dei contraenti, la simulazione va soggetta alle regole stesse del dolo; fr. 7, §. 9, D. II, 14 - fr. 49, pr. D. XIX, 1.

(3) Fr. 55, D. XVIII, 1. « Nuda et imaginaria venditio pro non facta est ». - fr. 3, §. 2; fr. 54, D. XLIV, 7. - Cost. 21, C. II, 4.

(4) « Plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur ». Codice, IV, 22. - Cpr. fr. 36, 38, D. XVIII, 1.

(5) Per esempio: fr. 5, §. 5; fr. 7, §. 6; fr. 32, §. 24, 25, D. XXIV, 1. - C. Klien, *De negotiis simulatis modo efficacibus, modo inefficacibus*. Viteb. 1807.

(6) §. 11, J. III, 19 (20). - fr. 1, §. 11; fr. 31, D. XLIV, 7. - fr. 26; fr. 35; §. 1, D. XLVI, 1.

(7) §. 11 in fine. J. cit. - fr. 7, D. XLV, 1.

(8) Fr. 7, §. 3, fr. 27, §. 3, 4. D. II, 14. - fr. 123, D. XLV, 1.

(9) Fr. 50, D. II, 14. - fr. 121, §. 1, D. XLV, 1.

(10) Fr. 16, D. XXXIII, 2. - fr. 37. D. XXXV, 1. - Cost, 8, C. IV, 6.

(11) « Inter alios acta, aliis non nocent ». Codice, VII, 60, - fr. 74, D. L, 17. - Cost. 25, C. II, 3. - Cost. 13, C. VIII, 38. - Cpr. fr. 59, 143, D. L, 17. - fr. 52, §. 1, D. II, 14. - I diritti che derivano dalle convenzioni *condizionali*, passano anco agli eredi; fr. 8, pr. D. XVIII, 6. - fr. 57, D. XLV, 1. - §. 4, J. III, 15 (16). - §. 25, J. III, 19 (20).

(12) Il primo di questi due casi ha luogo specialmente nelle convenzioni in

per motivi particolari, restar obbligato per la convenzione di due altre persone. Ciò avviene specialmente quando la convenzione è stata conclusa a nome del terzo, e in veduta di lui (1), o allorquando tanto il terzo quanto uno dei contraenti non sono riguardati che come una sola persona (2), o quando l'oggetto della convenzione è tornato in suo profitto (3).

§. 380. VI. *Delle specie delle convenzioni*. A. *Generalità*.

Le convenzioni che producono azione (4), sono in generale:

A. O *convenzioni principali*, esistenti per se stesse, o *convenzioni accessorie*, che hanno rapporto con una convenzione principale. Le accessorie sono di specie diverse.

1. Esse possono modificare la natura generale della convenzione principale.

2. Possono mirare a garantire i diritti risultanti dalla convenzione principale. La validità delle convenzioni accessorie, è sempre subordinata all'esistenza ed effetti della convenzione principale; sussistono esse e muojono con lei (5).

B. Le convenzioni si dividono ancora in convenzioni, che obbligano una sola delle parti contraenti, come le donazioni, e in convenzioni che danno vita ad obbligazioni *reciproche*, come la vendita, la locazione. Le prime diconsi *unilaterales*, le seconde *bilaterales* o *synallagmatiche*. Quanto a queste sono da osservare le seguenti regole:

1. Esse non danno luogo che ad una azione in esecuzione della convenzione, e niuna delle parti può dal canto suo dipartirsene, quand'anche l'altra non avesse adempiuta la sua obbligazione (6); siffatta regola soffre eccezione, ove questa clausula sia stata espressamente convenuta (7), quando l'una o l'altra delle parti siasi riservata la facoltà d'allontanarsene (8), o quando l'esecuzione, attesa la mora del debitore, non tornerebbe più utile in modo alcuno al creditore (9).

2. La prestazione d'una parte è subordinata alla prestazione dell'altra. Così colui che vuole azionar l'altro affinchè eseguisca la convenzione deve, dal canto suo, averla pienamente eseguita, od esser pronto ad eseguirla; diversamente il convenuto potrebbe opporre l'eccezione *non impleti contractus* all'attore che dal suo lato, deve provare di aver portata ad effetto la convenzione (10).

§. 381. a. B. *Secondo il diritto romano in particolare*. 1. *Contratti e patti*.

La divisione la più importante delle convenzioni, era, per diritto romano di *contratti* e *patti* (*contractus*, *pacta*). I primi erano convenzioni che nell'antico diritto romano, producevano una *obligatio* e *actio* (*quæ habent causam civilem*) (11). Tutte le altre convenzioni erano *patti*. I patti erano obbligatorj ma in morale; ma produce-

---

cui trattasi della capacità e confidenza personale; il secondo può sovente risultare dai termini della convenzione. Per esempio: fr. 52, §. 3, D. II, 14.

(1) Fr. 12, 14, 15, D. ibid.

(2) Ist. II, 9; III, 28 (29). - §. 4 in fine, J. III, 19 (20). - Cost. 1, 3, C. V. 39.

(3) §. 4, J. IV, 7. - Dig. XV, 3. - Cost. 3, C. IV, 26.

(4) Cpr. i §§. 499, 501, 502.

(5) Fr. 16, pr.; fr. 32; fr. 46, D. XLVI, 1. - fr. 2, D. XX, 3. - fr. 6, pr. D. XX, 6. - fr. 9; fr. 13, pr. D. XIII, 17. - Cost. 1, 2, C. VIII, 33.

(6) Cost. 5, C. IV, 10. - Cost. 3, C. IV, 44. - Cost. 17, C. II, 4. - Cost. 2, C. IV, 45.

(7) Fr. 51, §. 1, D. XIX, 1. - Dig. XVIII, 3. - Codice, IV, 54.

(8) Fr. 35, pr. D. XVIII, 1.

(9) Cost. 6. C. IV, 54.

(10) Fr. 13, §. 8; fr. 25, D. XIX, 1. - Cost. 21, C. II, 3. - I. F. Wahl. *Diss. de natura et indole exceptionis implementi non secuti seu pacti et contractus non impleti*. Gœtt. 1751. - I. Volkmann, *De exceptione non impleti contractus*. Lips. 1829.

(11) Fr. 7, pr. §. 1-4, D; II, 14.

vano che una obbligazione naturale, e non davan luogo che ad un diritto di retenzione ed a una eccezione, non mai a un' azione (1). Ma in seguito alcuni patti produssero azione, per cui fu data loro la stessa forza e gli stessi effetti che ai contratti.

§. 382. b. 2. *Rivista delle convenzioni che, nel diritto romano, davan luogo ad azione.*

Perchè una convenzione potesse dar vita a un' obbligazione, il diritto romano esigeva in generale una forma esteriore della convenzione. Questa forma era di due specie: *verbale* (*verbis contrahitur obligatio*) e letterale (*literis* contrahitur obligatio). *Ogni* convenzione poteva, per l' osservanza di una di queste due forme, dar vita a un'azione. La *causa civilis* si fondava più nella forma della convenzione, che nell' accordo della volontà dei contraenti, questi contratti essenziali quanto alla forma, erano *stricti juris* (2). Ma questa regola pativa eccezioni. In fatti, in antico vi erano convenzioni libere da qualunque specie di forma. Erano esse:

1. Le obbligazioni che si formavano col solo consenso delle parti (*obligationes quæ* solo consenso *contrahuntur*), e che, per dar vita a una obbligazione ed azione, non esigevano che il consenso delle parti contraenti.

2. Le obbligazioni che si contraevano con la cosa (*obligationes quæ re contrahuntur*), la causa delle quali consisteva nell' avere uno dei contraenti dato o prestato all' altro qualche cosa, che da questi si doveva rendere al tempo debito, o per la quale era obbligato a prestarne qualche altra (3). Questi contratti destituti di forme erano, tranne il *mutuum*, *contractus bonæ fidei*.

3. I *patti*, ai quali per eccezione fu accordata un' azione; essi erano:

a) *Pacta contractui bonæ fidei adjecta.*
b) *Pacta legitima.*
c) *Pacta prætoria.*

TITOLO PRIMO

Dei Contratti.

§. 383. Causa obligationum ex contractu.

I contratti sono, in diritto romano, secondo la diversità del fondamento dell' azione civile, di quattro specie: *obligationes*, *quæ sunt ex contractu*, *aut* consensu *contrahuntur*, *aut* re, *aut* verbis, *aut* litteris (4).

I. *Obligationes, quæ consensu contrahuntur.*

§. 384. *Nozione e specie.*

Le convenzioni, che per produrre obbligazione ed azione, non esigono che il consenso delle parti contraenti e nelle quali in conseguenza l' obbligazione si pone in essere col consenso (*obligatio consensu contrahitur*), sono: il *contratto di vendita*, il *contratto di locazione*, il *contratto*

(1) Fr. 1, pr.; fr. 7, §. 4, D. ibid.
(2) Quanto alla differenza ch'esiste fra *obligationes et actiones stricti juris et bonæ fidei*, v. il §. 197.
(3) §. 2, J. II, 13 (14). - Cpr. fr. 52, D. XLIV, 7. - Gajo, III, 89.
(4) Gajo III, 89. - §. 2, J. III, 13 (14). - fr. 52, D. XLIV, 7.

d' enfiteusi, il *contratto di società* e *il mandato* (1). I moderni dicono questi contratti, *consensuali*.

§. 385. 1. *Del contratto di vendita* A. *Nozione*.

La vendita (*emtio et venditio*) è un contratto per cui una delle parti promette di dare all' altra una cosa per un prezzo convenuto. Il primo si dice *venditore* (*venditor*); il secondo, *compratore* (*emtor*) (2).

§. 386. B. *Oggetto della vendita*.

La *cosa* venduta, e il *prezzo* pagato formano oggetto del contratto di vendita.

A. La cosa deve essere in commercio e a disposizione del venditore (3). Sotto queste due condizioni si può vendere:

1. Tutte le cose corporali e incorporali; e quanto alle seconde, tanto i diritti reali, quanto i crediti (4).

2. Le cose singole e l' università di cose (5).

3. Le cose presenti e future. Se il lucro delle seconde dipende dal caso fortuito, come dal getto della rete, o se è incerto, come i frutti futuri, fa d' uopo esaminare il modo con cui fu concluso il contratto: se i contraenti hanno convenuto che il prezzo della compra sia fissato giusta la quantità del guadagno, o puramente e semplicemente nel primo caso, dicesi *emtio rei speratæ;* nel secondo, in cui le parti devono riportarsi all'evento (6) *emtio spei*.

B. Il prezzo di compra deve consistere in una somma di danaro, relativamente, o assolutamente determinata (*certum*) (7); deve esser vero (*verum*) (8), e in giusta proporzione col valor della cosa (*justum*) (9).

§. 387. C. *Quando la vendita è perfetta*.

Il contratto di vendita è perfetto, e le obbligazioni reciproche alle quali dà vita son prodotte, tostochè esiste il consenso delle due parti sulla cosa e sul prezzo; egualmente che tutti gli altri contratti consensuali, la vendita non ha bisogno, per esser perfetta di alcuna scrittura (10); limita questo pricipio:

1. Quando è stato espressamente convenuto che essa sia redatta in scritto; in tal caso non si perfeziona che colla firma delle parti (11).

---

(1) Gajo, III, 135-137. - Ist. III, 22 (23). - Donello, *Comm. jur. civ.* XII, 10. - J. d'Avezan, *Contractuum libri II*, in Meermani, *Thes.* t. IV, p. 1, 75.

(2) Gajo, III, 139, 141. - Paolo II, 17. - Ist. III, 23 (24). - Dig. XVIII, 1, 6; XIX, 1. - Cod. Teod. III. 1. - Cod. Just. IV, 38, 40, 44-54. - *Fragm. Vaticana*, tit. ex emto et vendito. - Donello, *Comm.* lib. XIII, c. 1-5. - Glüch, *Comm.* part. 16. §. 972-989. - Leonardo de Selliers, *Spec. de contrahenda emtione venditione sec. jus romanum*. Bruxell. 1826.

(3) Fr. 34, §. 1, D. XVIII, 1. Nullameno la vendita della *cosa altrui* produce un vincolo obbligatorio fra contraenti, obbligando il venditore alla di lei garanzi; fr. 28, D. ibid.

(4) Per esempio: delle *Servitù*, fr. 80, §. 1, D. ibid.; un *credito*, D. XVIII, 4. - Codice, IV, 39.

(5) Per esempio, una *Successione*, Dig. XVIII, 4. - Codice IV, 39. - Glück, *Comm.* part. 16. §. 1013-24.

(6) Fr. 8, §. 1; fr. 39, §. 1; fr. 78, §. 3, D. XVIII, 1. - fr. 11, §. 18 in fine; fr. 12, D. XIX, 1. - Glück, *Comm.* part. 4, pag. 194; part. 16, p. 32.

(7) §. 1, 2, J. III, 23 (24). - fr. 1, pr. D. XIX, 4. - fr. 7, §. 1, D. XVIII, 1.

(8) Fr. 36, D. XVIII, 1. - Cost. 8, C. IV, 38. - fr. 46, D. XIX, 2. - fr. 66, D. XXIII, 3.

(9) Fr. 38, D. XVIII, 1. - Cost. 2, 8, C. IV, 44. - C. Jopke, *Diss. de pretio in emptione*. Traj. ad Rhen, 1828.

(10) Fr. 38, D. XLIV, 7. - C. Crousse, *Diss. de contrahenda emtione et venditione ex jure romano*. Lovan. 1824.

(11) Pr. J. III, 23 (24). - fr. 1, §. 2, D. XVIII, 1. - fr. 2, D. XLIV, 7. - Cost. 4, C. IV, 48. - Cpr. Cost. 17, C. IV, 21.

2. Quando le cose che si ha abitudine innanzi di gustare, son vendute *ad gustum*; il contratto non è perfetto se non quando il compratore le ha gustate e trovate convenienti (1).

§. 388. D. *Effetti della vendita* I. *Rischi e pericoli della proprietà della cosa venduta.*

1. Tostochè il contratto di vendita è perfetto i pericoli della cosa venduta (*periculum rei*) egualmente che tutti i comodi ch'essa produce (*commodum rei*) trapassano nel compratore (2); poco importa, in mancanza d'altre convenzioni, che questi comodi sieno intrinseci alla cosa, o estrinseci. Questa regola va soggetta però alle seguenti eccezioni:

a) Quando sono state vendute cose fungibili a misura, numero e peso, i rischi non sono a carico del compratore che dal momento in cui le cose gli sono state misurate, contate e pesate; ma se le cose fungibili sono state vendute all'ingrosso (*in avversionem*) sono esse a rischio del compratore dal momento in cui è stata contrattata la vendita (3).

b) Quando la vendita fu posta in essere sotto condizione, i rischi non sono a carico del compratore che alla verificazione della condizione. Se *pendente condictione*, la cosa perisce per caso fortuito, il danno va a carico del venditore; ma se la cosa non è che deteriorata, il compratore soffre il danno, quando in seguito la condizione si verifica (4). Ciò ha luogo del pari nel caso in cui il prezzo di vendita sia determinato da un terzo: tal circostanza, infatti, è riguardata come una condizione (5).

3. Quando più cose sono state alternativamente vendute, restano esse fino alla loro scelta, a rischio e pericolo del venditore; ma se periscono tutte prima della scelta, l'ultima perita per caso fortuito, perisce pel compratore (6).

4. il compratore non acquista la *proprietà* della cosa venduta che per la tradizione e dopo averne pagato il prezzo, a meno che non sia stata venduta a credito: il compratore diventa in tal caso, proprietario solo per la tradizione (7).

§. 389. 2. *Obblighi delle parti contraenti in particolare.* a. *Obblighi del venditore.*

Gli obblighi nascenti dal contratto di vendita, affliggono tanto il venditore che il compratore.

Il venditore è obbligato:

1. A consegnare al compratore la cosa venduta, al tempo e luogo stabilito, con tutti i suoi accessorj e frutti percetti dopo la conclusione del contratto (8); ma in difetto d'altra convenzione, solo dopo aver ricevuto il prezzo (9).

---

(1) Fr. 34, §. 5, D. XVIII, 1. - fr. 4, pr. §. 1, D. XVIII, 6. - J. C. Gensler, *Pr. de emtione venditione, quæ fit ad mensuram, ad numerationem pondusve, vel ad gustum capita nonnulla scrutans.* Jenæ, 1814. - Glück, *Comm.* part. 16. §. 981; part. 17, §. 1036.

(2) §. 3, J. III, 23 (24). - Dig. XVIII, 6. - Codice, IV, 48. - J. de Heim, *De periculo et commodo rei venditæ et traditæ sec. jus. rom.* L. B. 1824. - Glück, *Comm.* part. 17, §. 1033-38.

(3) Fr. 35, §. 5-7; fr. 62, §. 2, D. XVIII, 1. - fr. 4, §. 1, 2; fr. 10, §. 1, D. XVIII, 6. - Cost. 2, C. IV, 48.

(4) Fr. 8, pr. D. XVIII, 6. - fr. 7, pr. D. XVIII, 1.

(5) §. 1, J. III, 23 (24). - Cost. 15, C. IV, 38. - Cpr. Gajo, III, 140.

(6) Fr. 34, §. 6, D. XVIII, 1. - fr. 95, pr. D. XLVI, 3.

(7) §. 41, J. II, 1. - fr. 11, §. 2, D. XIX, 1. - fr. 19, 53, D. XVIII, 1. - fr. 5, §. 18, D. XIV, 4.

(8) §. 3, in fine, J. III, 23 (24). - fr. 7, pr. D. XVIII, 6. - fr. 11, §. 13; fr. 13, §. 10, 13, 18, D. XIX, 1.

(9) Fr. 13, §. 8; fr. 50, D. ibid. - Il fr. 21, §. 3; fr. 1, pr.; fr. 12, D. ibid. determinano gl'interessi che si debbono pagare dal compratore, se ha differito a ricevere la cosa.

2. Egli è responsabile d'ogni colpa ma non è tenuto alla *custodia*, se non vi si è specialmente obbligato (1).

3. È tenuto in forza di una particolar disposizione dell'editto edilizio (2) dei vizj occulti *(morbi, vitia)* dai quali era affetta la cosa all'epoca del contratto (3), quando anco non gli avesse egli conosciuti (4); è responsabile di tutte le qualità, specialmente determinate, di cui deve essere o no fornita la cosa (*dicta promissa*) (5). Così allorquando la cosa venduta è attaccata da difetti nascosti, o allorquando i *dicta* e *promissa* non si verificano, il compratore, senza distinguere se i difetti son capitali o accessorj, ha la scelta d'intentare azione, o per lo scioglimento del contratto, o per la diminuzione del prezzo (6). Nel primo caso ha l'azione *redhibitoria;* nel secondo, l'azione *quanti minoris*. La prima dura sei mesi, la seconda un anno, quando il venditore ha dato cauzione per i difetti della cosa; in caso contrario, la prima deve intentarsi entro due mesi, la seconda entro sei (7). L'azione redibitoria, conforme la sua natura, non può intentarsi che una sola volta, l'azione *quanti minoris*, quantunque volte si scuopron nuovi difetti (8).

4. In fine, il venditore è obbligato di garantire al compratore l'*evizione* della cosa (*evictionem præstare*), nel caso che il suo diritto gli venga contrastato da un terzo (9), anche quando non abbia espressamente promessa la garanzia in caso d'evizione, e non abbia saputo appartenere ad altri la cosa (10). Sotto quest'ultimo rapporto bisogna notare, che il venditore, il quale scientemente vende la cosa altrui, deve indennizzare *omne id quod emtoris interest*, e che l'*juramentum* in litem, è ammissibile contro di lui; ma se non può rimproverarsegli dolo di sorta, egli non è in obbligo di rifon-

---

(1) I giureconsulti romani, tenevano varia opinione in rapporto alla *custodia*, Cpr. fr. 5, §. 2, D. XIII, 6. - fr. 31, §. 11, 12, D. XXI, 1. - fr. 13, §. 16, D. XIX, 1. - fr. 14, pr. D. XLVII, 2, col fr. 36, D. XIX, 1. - fr. 3; fr. 14, §. 1, D. XVIII, 6. - E la decisione di Giustiniano al §. 3, J. III, 23 (24). - Loehr, *Teoria della colpa*, p. 150, e sue *Addizioni alla Teoria Della colpa*, pag. 186. - Hasse, *Della colpa*, p. 386 e 513.

(2) Dig. XXI, 1. - Codice IV, 58. - L'editto edilizio non s'applicava, in principio, che alla vendita degli *schiavi* e delle *bestie da soma*; ma in seguito fu esteso non solo a tutte l'altre cose, ma egualmente a tutti i contratti onerosi traslativi della proprietà; fr. 1, pr.; fr. 19, §. 5; fr. 38, pr. §. 5; fr. 49; fr. 63, D. ibid. - Cost 4, C. ibid. Cicerone, *De officiis*, III, 16, 17, parla di questa doppia estensione. Non s'applica però nè alla donazione, nè al contratto di locazione; fr. 62, 63, ibid. - C. Dedel, *De auctoritate præstanda a venditore rei vitiosæ*. Traject. ad Rhen. 1827.

(3) Fr. 54, D. XXI, 1. - Cost. 3, C. IV, 58.

(4) Se gli conosceva e gli ha taciuti, è in dolo, ed è responsabile di tutte le conseguenze (*omne id quod interest*) Cost. 1, C IV, 58.

(5) Fr. 18; fr. 19, pr. §. 2; fr. 38, §. 10, D. XXI, 1. - fr. 66, pr. D. XVIII, 1.

(6) Fr. 1, §. 6, 8; fr. 18, pr.; fr. 19, §. 1, D. XXI, 1. - fr. 25, §. 1, D. XLIV, 2. - J. N. Dietz, *Diss. de electivo concursu actionis redhibitoriæ cum actione quanti minoris*; Giess. 1789. - L'antica opinione giusta la quale l'azione redibitoria non è applicabile che a difetto principale, e l'azione *quanti minoris* a uno minore, è riprovata da J. H. Weshoff, *Vindiciæ communis doctrinæ de actione redhibitoria ob vitium rei venditæ minus principale haud competente adversus Feuerbachii obiectiones*. Helmst. 1804.

(7) Fr. 19, §. 6; fr. 28; fr. 31, §. 22; fr. 38, pr.; fr. 55, D. XXI, 1. - Cost. 2, C. IV, 58. - H. ab Aschen, *Diss. de præscriptione redhibitionis* Gœtt. 1786.

(8) Fr. 31, §. 16; fr. 48, §. 7. D. XXI, 1. - Queste azioni non si estinguono per l'uso della cosa.

(9) Dig. XXI, 2. - Codice VIII, 45. - Donello, *Tr. de evictione et duplæ stipulatione*; in oper. prior. p. 212. - D'Arnaud, *Variar. conjec.* II, 16. - J. H. Boemer, *Exercit. ad Dig.* IV, n. 62. - Glück, *Comm.* part. 20, §. 115, e seg.

(10) Fr. 19, D. XXI, 2. Cost. 6, 25, C. VIII, 45. - Cost. 5, C. IV, 52.

dere che il danno reale cagionato al compratore, da stimarsi conforme il valore reale della cosa al tempo dell'evizione (1). Frattanto l'obbligo di garantire l'evizione non incombe al venditore, tranne il caso del dolo, che allorquando in via giuridica, il compratore è stato spossessato della cosa dal giudice ordinario (2), e non ha posto in opera alcun mezzo di difesa. Egli deve dunque rendere avvisato il venditore dell'azione contro lui intentata, e richiedere la sua assistenza per difendere i proprj diritti (*litem denuntiare*) (3). Allora l'obbligo di garantire dall'evizione la cosa venduta, ha luogo non solamente nel contratto di vendita, ma del pari in tutti i contratti onerosi; così nella permuta, nella divisione d'una eredità, nel compromesso, nella *datio in solutum*, ec. non però nella donazione. Il locatore deve anco garantire il godimento al conduttore *ut conductori re frui liceat* (4).

§. 390. b. *Obblighi del compratore.*

Il compratore è obbligato:

1. A pagare il prezzo della compra al momento della tradizione della cosa, se non è intervenuta altra condizione; se trovasi in mora al pagamento, deve corrispondere delle usure; trovasi in mora tostochè è trascorso il tempo stabilito al pagamento; quando, nel caso in cui del prezzo si è dato credito per un tempo indeterminato, viene avvertito dal venditore; infine quando, nel caso in cui non si è dato credito del prezzo, e non ostante ha avuto luogo la tradizione (5). Anche allora che pel non pagamento il compratore non è in mora, perchè ha motivi legittimi per ritenere il prezzo, come per causa d'imminente evizione, o per sequestro egli deve nullameno pagare gl'interessi legali, e non può liberarsi da quest'obbligo che depositando giudicialmente il prezzo (6).

2. È responsabile del pari d'ogni colpa (7), ed è in generale obbligato a garantire al venditore i danari che ha pagato per il prezzo di compra (8).

3. Finalmente, deve rimborsare al venditore le spese fatte per la conservazione della cosa dopo la conclusione del contratto (9).

§. 391. 3. *Azioni del contratto di vendita.*

Il contratto di vendita produce due azioni: una pel venditore, che dicesi *actio venditi*; l'altra pel compratore detta *actio emti*. L'una e l'altra sono azioni dirette, e tendenti a fare eseguire le obbligazioni, che il contratto di vendita produce, sia di pieno diritto, sia in seguito di particolari convenzioni (*ex pactis adiectis*) (10).

---

(1) Fr. 64, 66, §. 3; fr. 70, D. XIX, 1. - fr. 45, pr. D. XIX, 1. - Presso i romani la *stipulatio duplæ*, era ordinarissima per i casi d'evizione, e allorquando era intervenuta, si poteva sempre, mediante l'azione *ex stipulatu*, esigere il doppio, allorchè era evitta la cosa *intera*; fr. 42, 43, 56, §. 2, D. XXI, 2. - Chr. G. Kustner, *Pr. de actione ex dupla emtori cui res evicta est, competente.* Lips. 1762. - Sulla evizione *parziale*, v. fr. 1; fr. 64, §. ult. D. XXI, 2.

(2) Fr. 34, 35, D. XXI, 2. - Così il venditore non era tenuto alla garanzia, allorquando la cosa periva per caso fortuito, o quando un ordine dell'imperatore ne privava il compratore; fr. 11, pr. D. XXI, 2. - Cost. 17, C. IV, 49.

(3) Fr. 34, pr.; fr. 51, §. 1; fr. 53, §. 1; fr. 55, §. 1; fr. 56, §. 4-7; fr. 63, §. 2, D. XXI, 2. - Cost. 8, 9, 20, 23, C. VIII, 45.

(4) Fr. 9, pr. D. XIX, 2. - I fr. 33, 34, 35, pr. D. eod. non sono contrarj.

(5) Fr. 13, §. 20, D. XIX, 1. - Cost. 2, C. IV, 32. - Cost. 5, C. IV, 54. - fr. 88, D. L, 17. - fr. 18, pr. D. XXII, 1.

(6) Cost. 5, C. IV, 49, confrontata coi fr. 7; fr. 18, §. 1, D. XXII, 1. - fr. 13, §. 20, D. XIX, 1. - Cost. 6, 9, C. IV, 32.

(7) V. i passi indicati, nota 1, p. 205.

(8) Fr. 11, §. 2, D. XIX, 1.

(9) Cost. 16, C. IV, 49. - fr. 13, §. 22, D. XIX, 1.

(10) §. 1, J. III, 23 (24) - fr. 11, pr.; fr.

§. 392. E. *Rescissione della vendita.*

La vendita si rescinde:

1. Pel consenso delle parti *(mutuo dissensu)*, se non è ancora portata ad esecuzione (1).

2. Per la domanda d'uno dei contraenti:

a) Quando non si è riserbato il diritto di non rispettare il contratto, pendente un certo spazio di tempo (2).

b) Quando l'uno o l'altro dei contraenti si è trovato leso al di là della metà del prezzo (*læsio ultra dimidium*, *s. enormis*), vale a dire se quanto ha ricevuto non valeva la metà di ciò che ha dato (3). Il leso può intentare azione per la rescissione del contratto, ma il ledente ha la scelta, o di rescinder la vendita, o di riparar la lesione (4). Il benefizio della lesione enorme cessa quando vi si è rinunziato espressamente o tacitamente (5), quando il testatore ha ordinato di vendere una cosa per un prezzo determinato (6), nel caso d'una *emtio spei* (7), e finalmente nelle vendite pubbliche.

§. 393. II. *Contratto di locazione.* A. *Nozione.*

Il *contratto di locazione* (*locatio et conductio*) (8), è un contratto per cui un (*locator*, *locatore*) promette il godimento e l'uso d'una cosa, o un'opera a un altro (*conductor*, *conduttore*) per un prezzo determinato (*affitto*, *canone*, *salario*, *mercede*) (9). Questo contratto è perfezionato, e in conseguenza le obbligazioni a cui dà vita esistono, tostochè i contraenti hanno convenuto della cosa e della mercede (10), a menochè non abbiano consentito di redigerlo in scrittura (11).

§. 394. B. *Specie di locazione.*

Il contratto di locazione, in rapporto al suo objetto, dividesi nelle specie seguenti:

A. Locazione delle *cose* (*locatio et conductio rerum*); queste possono essere:

1. Mobili, di fondi urbani (*prædia urbana*); la locazione dicesi allora *affitto di mobili*, e il conduttore *locatario* (*inquilinus*).

2. Di fondi rustici, e allora dicesi

13, §. 19, D. XIX, 1. - Codice, IV, 49. - Glück, *Comm.* Part. 17, p. 1040-43.

(1) §. 4, J. III, 29 (30). - Cpr. fr. 6, §. 2, D. XVIII, 1. - fr. 3; fr. 5, §. 1, D. XVIII, 5. - fr. 35, D. L, 17. - C. IV, 45.

(2) Fr. 3, D. XVIII, 1. - Cost. 4, C. IV, 58, Dig. XVIII, 5.

(3) Vœt, *Comm. ad Pand.* lib. XVIII tit. 5, §. 5, pensa diversamente, riguardo al compratore.

(4) Cost. 2, C. IV, 44, confrontata colla Cost. 8, C. ibid. Questi rescritti non parlano invero che del venditore; in pratica si estendono non solo al compratore, ma a tutti i contratti onerosi. - C. Thomasius, *Diss. de æquitate cerebrina L.* 2, *C. de rescin. emt. vend.* Halæ, 1706, et in *Diss. acad.* t. III, n. 73. - Nic. Stampeel, *Diss. de libello actionis ob læsionem enormem instituendæ non disjunctive concipiendo.* Helmstad. 1774. - L. I. Wichers, *Diss. de remedio L.* 2, *C. de rescind. emt. vend.*, Grœning, 1805. - De Bouwier, *Diss. de rescindenda venditione ob læsionem enormem.* Traj. ad Rhen. 1824. - Glück *Comm.* part. 17, n. 1028-1032.

(5) Arg. fr. 38, D. XVIII, 1.

(6) Fr. 49, §. 9, D. XXX.

(7) Fr. 8, §. 1, D. XVIII, 1.

(8) Gajo, III, 142. - Ist. III, 24 (25). - Dig. XIX, 2. - Codice, IV, 65. - Donello, *Comm.* XIII, 6-9. - A. G. L. Anicholt. *De contractu locationis et conductionis.* Lugd.-Bat. 1815. - Glück, *Comm.* part. 17, §. 1044-1060; part. 18, §. 1060, 1064. - P. Renot, *De tit. Pand. locati conducti.* Lovan, 1820.

(9) La mercede (*merces*) è essenziale nella locazione, quanto il prezzo (*pretium*) nella vendita; fr. 20, §. 1; fr. 46, D. XIX, 2.

(10) Pr. J. III, 24 (25). - fr. 1, D. XIX, 2. - fr. 2, D. XLIV, 7.

(11) Arg. pr. J. III, 23 (24). - Cost. 17, C. IV, 21.

affitto di terreni, e il conduttore *colono*, *affittajuolo*, (*colonus*).

B. Locazione d'*opere* (*locatio et conductio operarum*), la quale è di due specie:

1. Quella per cui un domestico, un operajo permette un'opera per un certo lucro.

2. Quella per cui s'intraprende a perfezionare un'opera per una determinata retribuzione (*locatio et conductio s. redemptio operis*). Quegli che paga il prezzo è al tempo stesso *locator operis* e *conductor operarum*; quegli che intraprende l'opera, *conductor s. redemptor operis*, e *locator operarum*.

§. 395. 1. *Locazione delle cose.*
a. *Suo objetto.*

Due condizioni si richiedono per la locazione delle cose; una *cosa* che ne formi l'objetto, e la *mercede* (*merces, pensio*) che si paga per l'uso e godimento di questa cosa.

1. Ogni cosa mobile, o immobile, corporale o incorporale, può formare objetto della locazione, ma è necessario che essa non venga meno per l'uso (1); può darsi in affitto anche la cosa altrui, come la propria (2). Quando il locatario o il fittajuolo, dà in affitto la cosa locatagli, lochè può fare in mancanza di convenzione contraria, pone in essere una sublocazione (*sublocatio et subconductio*) (3).

2. La mercede deve riunire le medesime qualità del prezzo nel contratto di vendita; deve dunque consistere in una somma di danaro determinata (4); nullameno, nella locazione d'una cosa fruttifera, il prezzo può consistere in una parte di frutti; il fittajuolo che dà una quota della raccolta, dicesi *colono parziario* (*colonus partiarius*) (5).

§. 396. 2. *Obblighi dei contraenti.*
a. *Obblighi del locatore.*

Il contratto di locazione delle cose assoggetta i contraenti ad obblighi scambievoli: in fatti, dal momento in cui il contratto è perfezionato, sono essi responsabili d'ogni colpa, d'ogni cura e *custodia* della cosa; il solo danno avvenuto per caso fortuito esonera dal risarcimento (6).

Ma il locatore è in specie obbligato:

1. Di consegnare al conduttore la cosa per l'uso cui essa è destinata, e di lasciargliela durante il tempo dell'affitto; questa regola soffre eccezione, quando il conduttore è nella necessità di usare della casa locata per sè o per i suoi, quando può provare che la casa abbisogna di urgenti restauri, o che il conduttore fa mal uso della cosa locata (7) o che ha

---

(1) Per esempio: fr. 12, §. 2, D. VII, 1. « *Usufructuarius* vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest; » fr. 9, §. 1; fr. 25, §. 1, D. XIX, 2. - fr. 66, D. XXIII, 3. - Nonostante, le servitù reali, non possono locarsi senza il fondo cui appartengono; fr. 44, D. XIX, 2.

(2) Fr. 12, §. 2, D. VII, 1. - fr. 23, pr. D. XX, 1. - fr. 35, §. 1, D. XIX, 1.

(3) Cost. 6. C. IV, 65.

(4) Pr. J. III, 24 (25). - fr. 2, pr; fr. 25, pr. D. XIX, 2.

(5) Fr. 25, §. 6; fr. 35, §. 1. D. ibid. - Cost. 21, C. IV, 65.

(6) Cost. 1, 28, C. IV, 65. - Cpr. §. 5, J. III, 24 (25). - fr. 25, §. 7, D. XIX, 2. - fr. 5, §. 15 in fine, D. XIII, 6. - fr. 9, §. 2. D. XIX, 2. - Loehr, *Teoria della colpa*, p. 148. - Hasse, *Della colpa*, p. 492. - Quando nella locazione d'un fondo rustico, il fittajuolo riceve il bestiame attenente al fondo, sotto la condizione che al termine del fitto, egli sarà obbligato a restituire il valore del bestiame (*contractus socidæ*), egli ne divien proprietario, ed è passibile del caso fortuito. Quindi la regola: *bestiame in danaro non muore*; fr. 3; fr. 54, §. 2, D. XIX, 2. - C. A. Bertram, *Diss. de contractu socidæ*. Halæ, 1771.

(7) Cost. 3, C. IV., 65. - Ma questa costituzione non parla che delle case locate, e non si estende ai fondi rustici dati in affitto. Tale opinione non è ab-

lasciato decorrere due anni senza pagare il canone d'affitto (1).

2. Deve garantire al conduttore l'uso e godimento della cosa (2), e conservargliela, perdurante l'affitto in uno stato tale che il conduttore possa farne l'uso cui è destinata (3).

3. Deve, finalmente, in difetto di contraria convenzione, pagare gli oneri pubblici di cui la cosa è gravata (4), e rimborsare al locatore le spese necessarie da lui fatte sulla cosa (5).

§. 397. b. *Obblighi del conduttore.*

Il conduttore è in diritto d'usare della cosa e di ritirarne i frutti, dei quali non acquista proprietà che per la percezione (6).

D'altronde è obbligato:

1. A pagare la mercede convenuta all'epoca prefissa. Se però, una parte considerevole dei frutti viene a mancare per caso fortuito, egli ha diritto d'esigere, ove non siasi convenuto il contrario, una diminuzione proporzionale dell'affitto; ma dopo la percezione, i frutti sono interamente a suo rischio e pericolo (7).

2. Non può lasciare la cosa locata prima del tempo stabilito (8), a menochè, per circostanze particolari, non gli sia ulteriormente permesso di usare tranquillamente della cosa (9).

3. È in obbligo, terminato l'affitto, di restituire la cosa al locatore (10).

§. 398. c. *Come finisce la locazione delle cose* (11).

La locazione delle cose finisce:

1. Per il lasso del tempo convenuto. Se a tal'epoca è immediatamente rinnovata, o espressamente o tacitamente, si dà luogo a una *relocatio*. La tacita relocazione ha luogo, quando il locatario o il colono, continua, decorso il tempo dell'affitto, a usar della cosa, a scienza e senza contrarietà del locatore. Il nuovo affitto è regolato dalle condizioni medesime dell'affitto decorso, e se nulla è stato convenuto, o se le consuetudini locali niente hanno determinato, la durata della tacita rilocazione d'un fondo rustico è sempre di un anno, quella del fondo urbano continua finchè una delle parti non vi renunzia (12).

2. Cessando nel locatore la proprietà, se non era essa che temporaria, il locatario o colono che conosceva all'epoca del contratto d'affitto, lo stato delle cose, non può

---

bracciata da G. L. Menken, *De jure expellendi colonos ob supervenientem necessitatem.* Helmst. 1751. In Opusc. Halæ, 1770, n. 15.

(1) Fr. 54, §. 1; fr. 56, D. XIX, 2.

(2) Fr. 9, pr., §. 1; fr. 30, pr., D. ibid.

(3) Fr. 15, §. 1; fr. 58, §. 2; fr. 25, §. 2, D. ibid. - Cpr. fr. 25, §. 4, D. ibid.

(4) L'obbligo d'alloggiare i militari vien riguardato, per diritto romano, come un obbligo reale del locatore; fr. 3, §. 13, 14, D. L, 4. - fr. 11. D. L, 5. - Cost. 5, 9, C. XII, 41. D'altra parte l'obbligo d'alloggiare e cibare i soldati è riguardato come personale a carico del colono. - V. Glück, *Comm.* part. 17, §. 1053.

(5) Fr. 55, §. 1, D. XIX, 2.

(6) §. 36, J. II, 1. - Cpr. il §. 266.

(7) Fr. 25, §. 6, D. XIX, 2. - fr. 15, §. 2-7, D. ibid. - G. F. Albrecht. *De remissione mercedis ob sterilitatem indulgenda.* Gœtt. 1779. G. H. Riedesel ob Eisenbach, *Diss. de eo, quod justum est circa remissionem mercedis in locatione conductione ob calamitates bellicas.* Gœtt. 1760.

(8) Fr. 55, §. 2, D. XIX, 2.

(9) Fr. 25, §. 2, in fine; fr. 27, §. 1; fr. 28; fr. 13, §. 7; fr. 33, D. ibid. - Glück, *Comm.* part. 17, pag. 478.

(10) §. 5, in fine, J. III, 24 (25). - fr. 48, §. 1, D. XIX, 2. - Cost. 10, C. VIII, 4. - Cost. 34, C. IV, 65. - Cost. 25, Cod. ibid.

(11) Car. A. Peschkau, *Diss. de variis modis, quibus locatio conductio finitur.* Lips. 1822.

(12) Fr. 13, §. 11; fr. 14, D. XIX, 2. - M. Paulsen, *Diss. de relocationis tacitæ effectu in prædiis urbanis ad L.* 13, *§. fin., D. loc. cond.* Gœtt. 1775. - Glück, *Comm.* part. 7, pag. 278.

chiedere al locatore refezione di danni (1).

3. Quando il conduttore vende la cosa e non ha stipulato col compratore la continuazione dell'affitto. Il compratore in fatti, non è vincolato dal contratto posto in essere fra il locatore e il conduttore; può dunque espeller quest' ultimo, il quale può ripetere i danni dal suo locatore. D'altronde il conduttore non è obbligato a continuare il contratto col compratore della cosa, se, ponendo in essere la vendita, il locatore non gli ha ceduto il diritto resultante dal contratto (2). Ma la locazione delle cose non finisce per la morte dell' uno o dell' altro dei contraenti, se non è stato espressamente convenuto (3).

§. 399. 2. *Locazione d'opere.* A. *Suo objetto.*

L'opera che, nella *locatio et conductio operarum*, forma oggetto del contratto, deve essere lecita, e tale da ricevere un prezzo determinato, vale a dire che sia ordinariamente pagato come salario e non come onorario (4). Gli stessi principj da noi stabiliti parlando dell' affitto delle cose, s'applicano al prezzo di locazione d'opere, che dicesi ancora *manupretium* (5).

§. 400. b. *Obblighi dei contraenti.*

Del pari che nella locazione delle cose, le parti sono responsabili, in questo contratto d'ogni colpa, cura e custodia della cosa; non rispondono però del fortuito (6).

1. Se il caso fortuito rende la prestazione dell'opera in tutto o in parte impossibile, il *conductor* è obbligato a pagare il salario promesso, a menochè il fortuito non colpisca la persona di colui che ha promesso l' opera, il quale non può allora reclamare il salario (7).

2. Il danno avvenuto per caso fortuito in una intrapresa d' opere (8), va generalmente a carico di quegli per cui fu intrapresa l'operazione (9). Questa regola però va soggetta a eccezioni:

a) Quando l'intraprendente risponde del caso fortuito.

b) Quando il danno deriva da errore nella confezione o da vizio nei materiali (*in vitio operis*) (10).

c) Ove siasi intrapresa un' opera con riservo di approvazione, e il danno è avvenuto in tal punto (11).

d) Quando un' opera è perfezionata e consegnata in alcune parti, quelle che non sono state per anco consegnate ed accettate (12).

e) Quando colui che commette l'opera o i materiali, che l'operajo non deve rendere che secondo la loro specie: infatti la locazione in questo caso prende la natura d'imprestito (13).

---

(1) Fr. 9, §. 1, D. XIX, 2 - fr. 25, §. 4, D. XXIV, 3.

(2) Cost. 9, C. IV, 65. - Cpr. fr. 25, §. 1; fr. 32, D. XIX, 2. - fr. 120, §. 2, D. XXX.

(3) §. 6, J. III, 24, (25). - fr. 19, §. 8, D. XIX, 2. - Cost. 10, C. IV, 65.

(4) Fr. 5, §. 2, D. XIX, 5. « Tale factum esse debet, *quod locari solet* ».

(5) Fr. 30, §. 3, D. XIX, 2.

(6) Fr. 25, §. 7, D. XIX, 2, e i passi più sopra citati.

(7) Fr. 38, pr. D. ibid. « Qui operas suas locavit totius temporis mercedem, accipere debet, *si per eum non stetit* quominus operas præstet; » fr. 19, §. 9; fr. 15, §. 6, D. ibid.

(8) Sull'opera *locatum conductum*, v. C. A. Haase, *Diss. I, II, de opera locato conducto*. Lips. 1814.

(9) Fr. 59, D. XIX, 2.

(10) Fr. 51, §. 1; fr. 62, D. ibid.

(11) Fr. 24, pr. D. ibid.

(12) Fr. 36, 37, D. ibid.

(13) Fr. 31, D. ibid. Quando l' operajo stesso fornisce la materia, avviene piuttosto una vendita *(emtio venditio)* che una locazione d'opera *(locatio et conductio operarum)* fr. 2, §. 1; fr. 22, §. 2, D. ibid. - fr. 65, D. XVIII, 1.

§. 401. c. *Come finisce la locazione d' opera.*

Il contratto di locazione d'opera finisce:

1. Allorquando una sola opera ne forma l'objetto, per la sua perfezione.

2. Quando si compone di servigj della medesima specie, per la morte di colui che deve far l'opera, e per il lasso del tempo, per cui è stato convenuto. Ma in tal caso, può aver luogo una rilocazione espressa o tacita, se il cottimante continua nell'opera dopo lo spazio del tempo determinato. La tacita rilocazione dura finchè una delle parti non vi rinunzia (1).

3. L'intrapresa d'un'opera finisce, quando l'opera è fatta, o l'intrapresa perfezionata, o l'intraprendente muore innanzi che si compia. La rilocazione può aver luogo anche in questa materia (2).

§. 402. C. *Azioni nascenti dal contratto di locazione.*

Il contratto di locazione, di cose, o d'opere, produce l'azione *locati*, per il locatore, e l'azione *conducti*, pel conduttore. L'una e l'altra sono dirette e tendenti alla esecuzione delle obbligazioni resultanti dal contratto (3). Il locatario, a esclusione del colono, quando ha compito i suoi obblighi, ha ancora l'interdetto *de migrando* contro il locatore, che non vuol permettergli l'uscita coi mobili e tutto ciò che gli appartiene (*cum invectis et illatis*) (4).

§. 403. III. *Del contratto enfiteutico.*

Il *contratto enfiteutico* (*contractus emphyteuticarius*) è quello per cui uno dei contraenti s'obbliga di dare un fondo come enfiteusi, e l'altro a pagare una corresponsione. Da una parte questo contratto ha molta somiglianza col contratto di vendita, dall'altra, col contratto di locazione. Anco i giureconsulti romani hanno disputato sulla questione, se il contratto enfiteutico era una vendita o una locazione. Zenone lo dichiara un contratto particolare e Giustiniano conferma questa decisione (5). Si perfeziona, come la vendita e la locazione, pel solo consenso dei contraenti, ed il suo effetto è quello di obbligare il proprietario a consegnare il fondo all'enfiteuta, il quale è tenuto a pagare la corresponsione. Quanto ai casi fortuiti, la legge prescrive che la perdita totale del fondo sia a carico del proprietario, e la parziale, dell'enfiteuta (6). Ma le parti possono, per convenzioni *scritte*, deviare da questa regola (7). L'azione nascente dal contratto enfiteutico, accordata all'enfiteuta contro il *dominus emphyteuseos*, come l'azione a questi accordata contro l'enfiteuta, azione per ambe le parti diretta, dicesi al presente *actio emphyteuticaria*.

§. 404. IV. *Contratto di società.* A. *Nozione.*

Il *contratto di società* (*societas*) (8). è un contratto consensuale, per cui più persone (*socj*) si riuniscono per un fine comune e lecito (9), e con-

---

(1) Arg. fr. 13, §. 11, in fine, D. XIX, 2.
(2) Fr. 13, §. 10, D. ibid.
(3) Pr. J. III, 24 (25).
(4) Fr. 1, §. 1-3, D. XLIII, 32.
(5) Cost. 1, C. IV, 66. - §. 3, J, III, 24 (25).
(6) §. 3, J. cit. in fine. - Cost. 1, cit. in fine.
(7) Cost. 1, citata: - « *scriptura interveniente* ».
(8) Gajo, III, 148-154. - Ist. III, 25 (26). - Dig. XVII, 2. - Codice IV, 37. - Donello, *Comm.* XIII, 15-17, XVI, 24. - Glück, *Comm.* part. 15, §. 961-971.
(9) Fr. 57, D. XVII, 2. - Cpr. fr. 70, §. ult. D. XLVI. 1.

vengono nei mezzi atti a pervenirvi. Esso è perfezionato pel solo consenso di tutti gli associati (1).

§. 405. B. *Specie della società.*

1. Relativamente al suo fine, la società è destinata a far guadagno (*societas quæstuaria*), o a non farlo. Nella prima specie, gli associati possono convenire di porre in comune tutti i loro acquisti e guadagni, o una parte soltanto, o il benefizio risultante da un solo affare (2).

2. Relativamente al suo objetto, la società è *universale*, allorchè comprende i beni tutti degli associati, o *particolare*, quando una sola parte di essi, o una cosa individua è in comune (3). In quest' ultimo caso, gli associati possono mettere in comune la proprietà della cosa, o l'uso di lei soltanto: le conseguenze di queste due specie sono diversissime (4).

3. In una società universale, i beni comuni debbono sovvenire a tutte le spese e debiti dei membri individui (5); ogni altra società, per lo contrario, non è tenuta che ai debiti della società e non già ai debiti particolari dei membri che la compongono (6).

§. 406. C. *Dei rapporti fra gli associati.*

Le obbligazioni esistenti fra gli associati, in forza del lor contratto, sono le seguenti:

1. Ciascuno associato deve portare la porzione che ha promessa (7). Può esister differenza fra queste porzioni, possono essere eguali o ineguali, e consistere in cose, in danaro, in opere, o in industria (8). L'opera o l'industria non deve essere illecita (9), e quegli che la reca in società, deve porla in essere come associato, non come servitore.

2. I profitti e le perdite, debbono esser divise fra tutti gli associati e per eguali porzioni, tranne quando il contratto determina la porzione di ciascuno, o che un terzo imparziale è incaricato di determinarla (10).

3. L'associato che amministra i beni o una parte dei beni comuni, è responsabile d'ogni colpa, e deve impiegare in ciò le cure istesse che ordinariamente impiega nei proprj interessi (11). È in obbligo di render

(1) Fr. 4, pr., D. XVII, 2. - Vi è differenza fra *societas* e *communio incidens*. V. fr. 31, D. ibid.

(2) Non può intendersi tutto ciò che dell'acquisto *oneroso*; fr. 7-13, D. XVII, 2.

(3) Pr. J, III, 25 (26). - Fr. 1, §. 1, D. XVIII, 2. - Nella società universale, gli acquisti *lucrativi* dei membri presi individualmente divengono egualmente comuni. fr. 13, §. 1, D. ibid.

(4) Fr. 58, pr., D. ibid. - Glück, *Comm.* part. 15, p. 397 e seg. Un autore pretende che in *qualunque* società bisogna ammettere, nel dubbio, una comproprietà delle cose recate dagli associati.

(5) Fr. 39, §. 3, D. 10, 2. - Arg. fr. 39, §. 1, D. L, 16.

(6) Fr. 12, 27, D. XVII, 2, e C. F. Günther, *Diss. ad legg.* 12, 27, *D. pro socio.* Lips. 1823.

(7) Fr. 52, §. 8; fr. 73, D. XVII, 2. - Colui che non reca nulla in società e divide nullameno i profitti, è riguardato come donatario al dirimpetto degli altri associati; fr. 5, §. 2, D. ibid.

(8) Fr. 5, §. 1; fr. 71, pr., D. XVII, 2. - Cost. 1, C. IV, 37.

(9) Fr. 57, D. XVII, 2. - fr. 70, §. ult. D. XLVI, 1.

(10) Gajo, III, 149, 150. - §. 1, 2, 3, J. III, 25 (26). - fr. 6; fr. 29, pr.; fr. 78, 80. D. XVII, 2. - Glück, *Comm.* part. 15, p. 406 e seg A. Van Reenen, *Explicatio L.* 29, *D. pro socio.* L. B. 1824. - La convenzione per cui uno degli associati avrebbe tutto il lucro, e l'altro sopporterebbe tutte le perdite (*societas leonina*) non può esistere come società, ma solamente come donazione; fr. 29, §. 2, D. XVII, 2.

(11) Fr. 72, D. ibid. - §. ult. J. III, 25 (26). - Loehr, Teoria della colpa, p. 169. - Hasse, *Della colpa*, p. 318. - Il dolo dell' associato, gli arreca l' infamia; fr. 1; fr. 6, §. 6, D. III, 2. - Se

conto della sua gestione, e deve alla società le usure dei danari impiegati in suo profitto particolare, o troppo tardi consegnati (1). Egli ha però il diritto d'esigere da ciascun membro il rimborso delle somme da lui spese, dei proprj suoi beni, per conto della società (2).

4. L'azione tendente alla inesecuzione di tutte queste obbligazioni, che ciascuno associato può intentare contro l'altro, e che è sempre un'azione diretta, dicesi *actio pro socio* (3). Ciascun associato in oltre ha contro l'altro il *beneficium competentiæ*, vale a dire che per le somme di cui resta debitore verso la società, egli non può essere costretto che fino a concorrenza delle sue risorse (*in quantum facere potest*) (4).

§. 407. D. *Rapporti degli associati verso i terzi* (5).

Gli obblighi degli associati verso i terzi sono i seguenti:

1. Quando tutti gli associati hanno di per se stessi contrattato con un terzo, ciascuno di essi non può, in generale, intentare che per la sua parte e porzione l'azione da ciò risultante, a menochè gli altri associati non gli abbiano concesso i loro poteri, o che l'obbligazione non sia solidale (6). Del pari, ogni associato non può, in generale, se non si è obbligato solidalmente, essere azionato nè pendente la durata della società nè dopo il suo scioglimento, che per la sua parte e porzione (7).

2. Quando tutti gli associati non hanno di per se stessi contrattato col terzo, bisogna nuovamente distinguere:

a) Se il gestore della società ha contrattato per lei, egli solo ha diritto d'intentare azione (8); gli associati non lo possono utilmente per la lor parte e porzione che allorquando egli ha ceduto loro i suoi diritti (*ex jure cesso*) o quando egli non gli compie (9); ma lo stesso reciprocamente non avviene; il terzo può, in fatti, attaccare solidalmente gli associati coll'azione *exercitoria* o *institutoria* (10).

b) Se il contratto è stato concluso da uno degli associati, gli altri non hanno diritto di attaccare il terzo per la loro parte e porzione, se non quando l'abbiano ordinato all'associato contraente, o abbiano ratificato il contratto, o sian con lui in società universale; in ogni altro caso, l'associato contraente può solo intentare azione contro il terzo, e non rimane agli altri associati che il ricorso contro il loro coassociato (11). D'altra parte, l'associato contraente s'obbliga solidalmente verso il terzo (12), e gli altri associati non restano obbligati

---

una cosa di proprietà della società perisce per caso fortuito, la perdita deve dividersi fra tutti gli associati; se non è comune, va a carico di colui al quale appartiene; fr. 52, §. 3, 4; fr. 58, pr. §. 1, D. XVII, 2.

(1) Fr. 60, pr.; fr. 67, §. 1, D. ibid - fr. 1, §. 1, D. XXII, 1.

(2) Fr. 58, §. 1, D. XVII, 2, confrontato col fr. 67, §. 2. ibid.

(3) §. 9, J. III, 25 (26). - fr. 31, D. XVII, 2. - §. 28, J. IV, 6

(4) Fr. 63, pr. D. XVII, 2. - fr. 16, D. XLII, 1.

(5) Lauterbach, *De sociorum obligatione quæ oritur ex conventione cum extraneis inita*; nelle sue *Disput. jurid.* vol. III, n. 20. - G. E. OEltze, *Pr. quatenus socii ob sociale debitum in solidum teneantur*. Helmstad. 1784 - Glück, part. 17, p. 460.

(6) Arg. fr. 11, §. 1, D. XLV, 2. - Cost. 9, C. IV, 2.

(7) Fr. 44, §. 2. XXI, 1.

(8) Fr. 38, §. 17; fr. 126, §. 2, D. XLV, 1. - fr. 11, §. 18, D. XIV, 1. - fr. 1, D. XIV, 3.

(9) Fr. 1, in fine; fr. 2, D. XIV, 3. - fr. 5, D. XLVI, 5. - fr. 13, §. 2, D. XIX, 1.

(10) Fr. 13, §. 2; fr. 14, D. XIV, 3. - fr. 1, §. 25; fr. 2; fr. 4, §. 1, D. XIV, 1.

(11) Fr. 67, §. 1; fr. 74, D. XVII, 2.

(12) Fr. 28; fr. 65, §. 3, D. XVII, 2. - Cost. 13, C. IV, 2.

per la lor parte e porzione che per la prova d'una *versio in rem* (1).

§. 408. E. *Scioglimento della società.*

La società si dissolve:

1. Pel consenso di tutti gli associati (2).

2. Per la renunzia d'un solo associato, purch' essa non avvenga in tempo indebito, o nella mala intenzione di goder solo d' un lucro che la società avrebbe fatto (3).

3. Per la morte d'uno degli associati (4); tanto in questo caso, come nel precedente, la società egualmente si dissolve fra gli altri associati (5).

4. Pel lasso del tempo per cui fu essa costituita (6), o quando la operazione che ne formava l' oggetto è terminata (7).

5. Mancando l'oggetto di lei (8).

6. Per la confisca dei beni d' uno degli associati, o quando ci è un concorso fra i suoi creditori, a meno che non sia socio capitalista, ma d'opera o d' industria (9). Lo scioglimento della società non ha influenza alcuna su i diritti dei terzi (10).

§. 409. V. *Del mandato.* A. *Nozione.*

Il *mandato* (*mandatum*) (11) è un contratto consensuale per cui uno s'obbliga di fare gratuitamente una qualche cosa per altri (12). Il primo dicesi *mandatario* (*mandatarius*), il secondo *mandante* (*mandans*). L'operazione che il mandatario s' obbliga d' eseguire e che forma oggetto del mandato, deve esser lecita (13). Non è permesso di promettere un salario al mandatario (14), ma il mandante può promettere un onorario in ricompensa dei servigj che il mandatario gli ha resi (15). Nullameno questa condizione non è necessaria come il prezzo nella locazione dell'opera.

§. 410. B. *Specie del mandato.*

1. In rapporto alla persona in cui pro ritorna, il mandato è *semplice (mandatum simplex)*, quando la operazione è fatta nell'interesse del mandante; o è *qualificato* (*mandatum qualificatum*), quando ha per base l' interesse d' un terzo. Colui che in tal caso incarica l'altro della opera-

(1) Fr. 82, D. XVII, 2.
(2) Fr. 65, §. 3, D. XVII, 2.
(3) §. 4, J. III, 25 (26). - fr 63, §. 10; fr. 64; fr. 65, §. 3, 6, D. XVII, 2. - Non si può convenire *ne abeatur*; fr. 14. D. ibid. Sulle conseguenze della renunzia non dovuta o fraudolenta. V. §. 4, J. cit. fr. 17, §. 1, D. ibid.
(4) Fr. 59, pr.; fr. 48, §. 2, D. XVII, 2.
(5) §. 5, J. III, 25 (26). - Se dopo la morte di un socio, gli altri continuano, o se gli eredi del socio defunto continuano la operazione, la società deve riguardarsi come rinnovata; fr. 37, D. XVII, 2. - Gli eredi acquistano tutti i diritti del defunto, e debbono pagare tutti i debiti contratti dal loro autore colla società; fr. 65, §. 9; fr. 9; fr. 35; fr. 40; §. 8, D. ibid.
(6) Fr. 65, §. 6, D. ibid.
(7) §. 6, J. III, 25 (26).
(8) Fr. 63, §. 10, in fine, D. ibid.
(9) §. 7, 8, J. ibid. - fr. 65, §. 1, D. ibid.
(10) Fr. 27, 28, D. ibid.
(11) Gajo, III, 155. - Ist. III, 26 (27). - Dig. XVII, 1. - Codice IV, 35. - Donello, *Comm.* III, 10-14; XVI, 23. - A. Buchner, *Versuch einer Theorie des Vollmachtsevertrages nach roem. Rechte*, o *Saggio d' una teoria del mandato per dir. rom.* Landshaut, 1809. - Glück, *Comm.* part. 17, §. 950, 960. - Van Dam, *Diss. de mandato*, L. B. 1824. - M. I. D. Graaflaud, *Diss. de mandato.* Tr. ad Rhen. 1829.
(12) Sulla differenza fra *mandatum*, *jussus*, *consilium*, v. il §. 6, J. ibid. - fr. 6, §. 5; fr. 12, §. 12, D. ibid. - fr. 17, pr. D. L, 17. - fr. 2, D. II, 2. -
(13) §. 7, J. III, 26 (27). - fr. 6, §. 3; fr. 22, §. 6, D. XVII, 1.
(14) Altrimenti, ciò si cangerebbe in locazione: §. 13, J. III, 26 (27). - fr. 1, §. 4, D. XVII, 1.
(15) Fr. 6, pr.; fr. 7, D. ibid.

zione, dicesi *mandator* (1). Infine, se il mandato mira all'interesse anco del mandatario, questi si appella *procurator in rem suam* o *cessionarius*, quando il mandante gli cede un credito contro un terzo; egli nomasi al contrario, *assignatarius*, quando il mandante lo incarica semplicemente di ricevere da un terzo un pagamento per conto suo proprio (2).

2. In rapporto all'objetto, il mandato può abbracciare tutti gli affari del mandante, o un affare particolare. Nei due primi casi il mandato è *generale* (*mandatum generale*), nel terzo è *speciale* (*mandatum speciale*) (3).

3. In rapporto alla *forma*, il mandato è *espresso* o *tacito*. Il tacito avviene specialmente, quando, nella scienza che un altro s'immischia nei nostri affari, noi non glielo inibiamo (4). La ratifica a una operazione che altri ha fatto per noi, senza che ne sia stato incaricato, e senza che ne abbiamo avuta cognizione, ha per lui gli stessi effetti del mandato espresso (5).

4. I sensali (*proxenatœ*), di cui ci serviamo per accomodare e concludere affari commerciali, sono in realtà una specie particolare di mandatarj. Essi ricevono generalmente un prezzo della senseria, detto *proxeneticum*, e servono, quando ambedue le parti hanno impiegato il lor ministero, di testimonj irrecusabili nell'affare da essi concluso; se al contrario, una sola parte se n'è servita, la lor testimonianza può contro lei invocarsi, ma non da lei (6).

§. 411. C. *Obblighi dei contraenti fra loro.*

Il mandato produce due specie d'obbligazioni; l'une esistono fra' contraenti, l'altre fra i contraenti e i terzi con cui il mandatario ha contrattato.

1. Gli obblighi del mandatario verso il mandante sono i seguenti:

a) Egli è tenuto di amministrare l'affare di cui si è incaricato, conforme al mandato e in persona (7).

b) Deve consegnare al mandante tutto ciò che l'esecuzione del mandato gli ha fatto acquistare, rendere a tal uopo conto, e pagar gl'interessi delle somme da lui percette e impiegate a proprio vantaggio, o a restituir le quali se trovasi in mora (8).

c) Infine è responsabile della colpa e della *diligentia* (9).

2. Il mandante per sua parte è obbligato:

a) A dare al mandatario gli onorarj promessi, di rimborsarlo, coi frutti, di tutte le spese da lui fatte per la esecuzione del mandato, anche quando, senza sua colpa, non abbia conseguito il fine avuto in mira (10).

---

(1) Fr. 12, §. 14, 15; fr. 32; fr. 28, D. XVII, 1. - fr. 13; fr. 41, §. 1, D. XLVI, 1. - Si nomina così qualunque mandato; fr. 22, §. 11, D. XVII, 1.

(2) V. in generale: pr. §. 1-6, J. III, 26 (27). - fr. 34, pr., D. XVII, 1. - C. P. Sicherer, *Comm. de assignationibus*. Giess. 1782. - C. F. Günther, *De assignationibus Spec. I, II.* Lips. 1829.

(3) Fr. 1, §. 1; fr. 58, 60, 63, D. III, 3.

(4) Fr. 60, D. XV, 17. - fr. 18; fr. 53, D. XVII, 1.

(5) Fr. 60, D. L, 17. - Cpr. la Cost. 3, C. III, 32. - Cost. 3, C. VIII, 38. - fr. 9, D. III, 5. - C. T. Welcker, *Interpretatio L. 9, D. de negotiis gestis juncta L. 60, D. div. reg. juris.* Giess. 1813.

(6) D. L, 14. - H. G. Schorch, *Diss. de proxenatis.* Erford, 1766.

(7) §. 11, J. III, 26 (27). - fr. 27, §. 2; fr. 5, pr. §. 1, D. XVII, 1. « Diligenter fines mandati custodiendi sunt ». §. 8, J. ibid. - fr. 3, §. 2; fr. 4; fr. 5, pr. §. 3, 4; fr. 36, §. 3; fr. 41, 46, D. ibid. - Sul diritto di sostituzione nel mandatario: fr. 8, §. 3, D. ibid. - fr. 28, D. III, 5.

(8) Fr. 10, §. 3, 8; fr. 12, §. 10; fr. 20, pr. D. XVII, 1.

(9) Cost. 11, 13, 21, C. IV, 35. - fr. 22, §. 11, D. XVII, 1. - fr. 1. §. 12, D. XVI, 3. - fr. 1; fr. 6, §. 6, D. III, 2. - Loehr, *Teoria della colpa*, pag. 169. - Hasse, *Della colpa*, pag. 474.

(10) Fr. 10, §. 9; fr. 12, §. 7-9; fr.

b) A liberare il mandatario da tutti gli obblighi per tal motivo contratti (1).

c) A rispondere verso lui d' ogni colpa (2).

Non è però tenuto del danno dal mandatario sofferto pel caso fortuito (3); ma il dolo lo fa incorrere nell'infamia (4).

3. L'azione resultante dal mandato, che i contraenti hanno l' un contro l'altro, dicesi *actio mandati*. Essa è *diretta*, quando il mandante la intenta contro il mandatario; è *contraria* (*contraria*), quando il mandatario la intenta contro il mandante, in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto (5).

§. 412. D. *Obblighi del mandante verso i terzi coi quali il mandatario ha contrattato.*

Il mandante e il mandatario non sono riguardati che come una sola e medesima persona quanto alle obbligazioni contratte coi terzi. Il mandante ha dunque, in forza della operazione contrattata dal mandatario con un terzo, un' azione utile contro di lui, al quale essa compete del pari contro il mandante (6). Il terzo può egualmente, finchè dura il mandato, attaccare il mandatario che possiede beni del mandante; ma non lo può altrimenti dopo l'estinzione del mandato, a menochè il mandatario non abbia contrattato in proprio nome, o data cauzione pel mandante, o ecceduto i limiti del mandato (7).

§. 413. E. *Come finisce il mandato.*

Il mandato ha fine:

1. Pel consenso d'ambo le parti (8).
2. Per la morte d'una di esse (9).
3. Per la revoca del mandante (10).
4. Per la rinunzia del mandatario (11); ma nell'un caso, come nell'altro, la rinunzia non può aver luogo intempestivamente (12).

II. *Obligationes quæ re contrahuntur.*

§. 414. *Nozione e specie.*

In molte convenzioni, il consenso scambievole non basta per dar vita a una obbligazione e azione; è necessario in oltre che una delle parti dia all'altra qualche cosa da doverglisi da questa restituire, o per la quale debba essa prestare un' altra cosa; lo che i Romani dicono *obligatio quæ re contrahitur;* i moderni hanno dato a queste convenzioni il nome di *contratti reali* (13). Vi sono dei contratti che, presso i Romani, hanno un nome particolare (*proprium nomen*) e che producono un' azione la quale porta il nome istesso. Si dicono essi al presente *contratti nominati* (*contractus nominati*), ed hanno sempre per base di far restituire la cosa data. Altri, presso i Romani, non hanno questo nome particolare, e non

---

27, §. 4, D. XVII, 1. - Cpr. fr. 7, D. ibid. - Cost. 17, C. IV, 35.

(1) Fr. 45, §. 1-5, D. ibid.

(2) Fr. 61, §. 5, D. XLVII, 2.

(3) Fr. 26, §. 6, 7, D. XVII, 1.

(4) Fr. 6, §. 5, D. III, 2.

(5) §. 28, J. IV, 6. - W. C. B. Wingeus, *Diss. de actione mandati directa.* L. B. 1807.

(6) Fr. 13, §. 25, D. XIX, 1. - fr. 31, pr. D. III, 5. - fr. 19, D. XIV, 3. - fr. 10, §. 5, D. XVII, 1. - Cost. 5, C. IV, 25.

(7) Fr. 67, D. III, 3. - Arg. fr. 1, §. ult. D. XV, §. 4. - fr. 13, 19, D. XLVI, 8. - fr. 6, §. 1, 2; fr. 57, §. 1, D. XII, 6.

(8) §. 4, J. III, 29 (30).

(9) §. 10, J. III, 26 (27). - fr. 12, §. 17; fr. 26, pr.; fr. 27, §. 3; fr. 57, 58. D. XVII, 1. - Cost. 5, C. IV, 35.

(10) §. 9, D. ibid. - fr. 15, D. XVII, 1.

(11) §. 11, J. ibid. - fr. 22, §. 11; fr. 23-25, D. ibid.

(12) Cost. 13, §. 9. - Cost. 11, §. 1, C. III, 1.

(13) Ist. III, 14 (15).

producono che un' azione generale *præscriptis verbis*. Oggi si dicono *contratti innominati* (*contractus innominati*) ed hanno per fine una prestazione scambievole (1). Sovente i contratti reali sono preceduti da una convenzione che li prepara (*pactum antecedens*), la quale posa sul semplice conseuso e che, presso i Romani, non dava luogo, come semplice patto, ad azione alcuna (2).

A. *Contratti nominati.*

§. 115. I. *Del mutuo.* A. *Nozione.*

Il *mutuo* (*mutuum s. rei creditæ*) (3) è un contratto reale per cui si dà a un altro una somma di danaro, o una quantità d' altre cose fungibili, col fine di trasferirgliene la proprietà, a condizione ch'egli ne restituirà altrettanta della medesima specie e qualità (*rem in genere*, *s. in eadem quantitate et qualitate*) (4).

§. 116. B. *Effetti del mutuo.*

Questo contratto solo si perfeziona colla tradizione della cosa, la quale può farsi *brevi manu* (5). Gli effetti del mutuo perfezionato, sono:

1. Il mutuatario divien proprietario della cosa mutuata (6). Così, il proprietario del danaro o della cosa che forma l' oggetto del contratto (7), e che ne ha la libera disposione (8), può solo darla ad imprestito.

2. il mutuatario è in obbligo di restituire, all' epoca stabilita, la cosa mutuata; ma essendo in obbligo di restituirla nella medesima quantità e qualità, i rischi e pericoli della cosa ricevuta vanno a suo carico (9).

3. L'azione competente al mutuante per la restituzione dell'imprestito dicesi *actio mutui*, o *condictio certi ex mutuo* (10). Bisogna però che il mutuatario sia persona capace d' obbligarsi (11).

4. Il debitore moroso a restituire l'imprestito deve in generale pagarne gl'interessi (12). Tranne questo caso,

---

(1) Fr. 1-3, D. XIX, 5.

(2) Fr. 7, §. 4, D. II, 14. - fr. 34, pr. D. XVII, 1.

(3) Gajo, III, 90. - Pr. J. III, 14 (15). - Dig. XII, 1. - Codice, IV, 1; IV, 2. - Donello, *Comm.* XIV, 1. - H. ab Idsinga, *Diss. de mutuo et veteris literarum obligatione.* Franeq., 1739, e in Oelrichs, *Thes. nov. diss. Belg.* vol. I, t. I, pag. 107. - Glück, *Comm.* part. 11, e 12, §. 776-778. - C. Th. Hoyer, *Diss. de mutuo sec. jur. rom. et hodierni principia.* L. B. 1824.

(4) Pr. J. III, 14 (15). - fr. 2, 3, D. XII, 1. - fr. 1 . §. 2. XLIV, 7.

(5) Fr. 15, D. XII, 1.

(6) Pr. J. III, 14 (15): « in hac damus, ut accipientium fiant ». - Cpr. fr. 2, §. 2; fr. 13; fr. 41, D. XII, 1. - Gajo III, 90. - V. per l'opinione contraria: C. Salmatius, *Tract. de usuris.* Lugd.-Bat. 1638, c. 8, et *Liber de modo usurarum* Ibid. 1639.

(7) §. 2, J. II, 8. - fr. 12; fr. 19, §. 1, D. XII, 1. - Se colui che ha dato in prestito non era proprietario della cosa, non può più divenirlo per questo solo motivo. Ma divien proprietario, aggiungendo all' imprestito un altro motivo: quand'egli consuma a buona fede le cose ricevute, o le mischia colle proprie. In tal caso, quegli che era per l'avanti proprietario del danaro, non ha l' azione *mutui*, ma una condizione per la restituzione di egual somma; questa condizione dicesi, *condictio Juventiana*; fr. 11, §. 2; fr. 19, §. 1; fr. 32, D. XII, 1. - fr. 78, D. XLVI, 3. - J. L. Conradi, *Juventiana condictio quæ est in L.* 32, *D. de reb. cred.* Marb. 1773.

(8) §. 2, J. II, 8. - fr. 19, §. 1; fr. 12, D. XII, 1.

(9) §. 2, J. III, 14 (15). - fr. 1, §. 4, D. XLIV, 7. - fr. 42, D. XXIII, 3.

(10) Pr. J. III, 14 (15). - fr. 9. pr., D. XII, 1. - Cost. 5, C. VII, 35. - fr. 2, D. XXVI, 9. - Cost. 2, C. V, 39.

(11) Pr. §. 1, J. I, 21. - fr. 13, §. 1, D. XII, 6.

(12) Fr. 40, D. XII, 1, e C. Van Eck,

gl'interessi non sono dell'essenza di questo contratto; non si sottintendono dunque giammai, e debbono sempre esser per lo innanzi convenuti. L'imprestito, in caso tale, dicesi *fœnus* o *pecunia fœnebris* (1).

§. 417. a. C. *Del senatusconsulto macedoniano.*

Una disposizione particolare del senatusconsulto macedoniano (2), proibisce a chiunque d'imprestar danaro a un figlio di famiglia senza il consenso dei suoi genitori costituiti sotto lo patria potestà. Colui, che in disprezzo di una tal disposizione, impresta a un figlio di famiglia, può venir respinto, ove intenti azione in restituzione, mediante l'*exceptio Scti macedoniani*, tanto dal figlio di famiglia divenuto *sui juris* per la morte del padre o per l'emancipazione, quanto dal padre medesimo (3). Ma questo senatusconsulto si limita a negare al creditore un'azione, ma non estingue l'obbligazion naturale. Quindi il figlio o il padre, o il mallevadore, non può nulla ripetere per la *condictio indebiti*; del pari il creditore può sempre opporre la compensazione (4).

A. Nullameno vi sono casi in cui, nè il figlio nè il padre possono invocare l'eccezione del senatusconsulto macedoniano. Sono i seguenti:

1. Quando il padre ha consentito l'imprestito, o lo ha in seguito ratificato (5). Il padre consente tacitamente, allorchè sapendo che il figlio prende a mutuo del danaro, non vi si oppone (6).
2. Quando il padre commette al figlio *magister navis* o *institor*, o allorquando gli ha dato un peculio per far commercio, e il figlio contrae un mutuo spiegando questa qualità, o in relazione al commercio che il padre gli ha commesso (7).
3. Quando l'imprestito è stato impiegato in vantaggio del padre, e in quanto ne ha egli risentito profitto; così, quando l'imprestito è servito a dimettere delle spese cui il padre era obbligato (8), o quando è servito a riscattare il padre dalla schiavitù (9).
4. Quando l'imprestito andò in pagamento d'un altro debito validamente contratto (10).
5. Quando il figlio era militare all'epoca del contratto (11).
6. Quando il pretore avea giusti motivi per credere il figlio *sui juris* (12).
7. Infine, quando l'imprestito è nul-

Diss. de septem damnatis legibus Pandectarum s. crucibus Jctorum; in suppl. *Thes.* Meermani, p. 575. - C. Van Bynkershoek, *Ad L.* 40, *D. de reb. cred* Lugd.-Bat. 1699. - Glück, *Comm.* part. 14, pag. 268.

(1) Fr. 24, D. XIX, 5. - Cost. 3, C. IV, 32.

(2) Questo Senatusconsulto fu da primo emanato sotto Claudio e rinnovato dappoi sotto Vespasiano. - Tacito, *Annales* XI, 13. - Svetonio, *In Vesp.* c. 11. - Zimmern, *Stor. del dir.*, t. I, §. 193. - V. §. 7, J. IV, 7 e Teofilo su questo passo. Dig. XIV, 6. - Codice, IV, 28. - Donello, *Comm.* XII, 24 - 28. - B. H. Reinold, *Diss. ad Sctum Macedonianum.* Frcfti a. V. 1717. - A. W. Cramer, *De vita et legislatione Vespasiani Imp.* pag. 182. - C. G. Hübner, *Diss. ad Sctum Macedonianum.* Lips. 1798. - I. D. Loebenstern, *Diss. de Scto Macedoniano.* Marb. 1828. - Glück, *Comm.* part. 14, §. 898-904.

(3) Fr. 1, pr. D. XIV, 6. - §. 4, J. IV, 7. Non s'applica che al *danaro mutuato (mutua pecunia)*; ma è necessario, trattandosi d'altre cose, non eluder la legge *(in fraudem legis)*; fr. 3, §. 3, D. ibid.

(4) Fr. 7, §. 15, 16; fr. 9, §. 4, 5; fr. 10, D. XIV, 6. - fr. 40, pr. D. XII, 6. - fr. 6, D. XVI, 2.

(5) Cost. 2, 4, 5, 7, C. IV, 28. - fr. 7, §. 15, D. XIV, 6.

(6) Fr. 12, 16, D. ibid.

(7) Fr. 7, §. 11, D. ibid. -

(8) Per esempio: fr. 7, §. 12, 13, D. ibid. - Cost. 2, 5, C. ibid.

(9) Nov. 115, cap. 3, §. 13.

(10) Fr. 7, §. 14, D. ibid.

(11) Cost. 7, §. 1, C. ibid.

(12) Fr. 3, pr. §. 1; fr. 19, D. ibid. - Cost. 2, C. ibid.

lo in se stesso, e il pretore domanda la restituzione in intero a causa di minorità (1).

B. Vi sono altri casi in cui il solo figlio di famiglia non può invocare il benefizio del Senatusconsulto macedoniano, e sono i seguenti:

1. Allorchè contrattando, si è falsamente dichiarato *sui juris*, ed il pretore avea sufficienti motivi per creder vera una tale asserzione (2).

2. Quando egli possiede dei beni di libera disposizione, è tenuto fino alla loro concorrenza; così, s'egli ha un *peculium castrense* o *quasi costrense* o un *peculium adventitium extraordina rium* (3).

3. Quando, divenuto *sui juris*, ha espressamente o tacitamente riconosciuto o ratificato l'imprestito (4). Egli ratifica tacitamente l'intero debito, allorchè, divenuto *sui juris*, comincia a pagare il debito o dà cauzione lo riconosce ancora dando un pegno in sicurezza del credito ma in tal caso è solo tenuto fino a concorrenza del pegno (5).

§. 418. D. Pecunia trajectitia.

La regola che pone l' imprestito a rischio e pericolo del mutuatario dal momento in cui l' ha ricevuto, soffre eccezione nel caso della *pecunia trajectitia*. Significa essa, un imprestito in danaro in specie o in mercanzie destinate a passare il mare; il creditore, in questo caso, va soggetto al rischio della perdita dal giorno della partenza della nave, fino al momento del suo arrivo al luogo destinato (6). Gl' interessi non sono dell'essenza di questo contratto, ma ove sieno convenuti, s' appellano *fœnus nauticum*; quindi il creditore a cagione del danno che incorre e del tempo della durata, può esigere interessi maggiori agli ordinarj; puo farsi promettere fino al 12 per 0j0 (7).

§. 419. II. *Del commodato.*
A. *Nozione.*

Il *commodato (commodatum)* (8) è un contratto per cui una delle parti consegna all'altra una cosa non fungile (9), perchè se ne serva, senza retribuzione (10), ma coll' obbligo di renderla *(in specie)*, tostochè se ne sia servita (11). Quegli che impresta l'uso dicesi *commodans*, commodante; colui che lo riceve, *commodatarius* *commodatario* (12).

---

(1) Per esempio: fr. 3, §. 2, D. ibid.
(2) Cost. 1. C. ibid.
(3) Fr. 1, §. 3, fr. 2, D. ibid.
(4) Cost. 2, C. ibid.
(5) Fr. 7, §. 16; fr. 9, pr. D. ibid. - P. F. Joppert, *Diss. de mutuo a filio fam. sui juris facto tacite agnito.* Giess. 1771, ed. 2, ibid. 1775.
(6) Dig. XXII, 2. - Codice, IV, 33. - Nov. 106, 110. - M. H. Hudtwalker, *De fœnore nautico Romanorum.* Hamb. 1810. - Th. de Cock, *Diss. de fœnore nautico.* Leodii, 1829. - Glück, *Comm.* part. 21, §. 1139-1143.
(7) Fr. 4, §. 1, D. ibid. - Cost. 26, §. 1, C. IV, 32.
(8) Paolo, II, 4. - §. 2, J. III, 14 (15). - Dig. XIII, 6. - Codice, IV, 23. - Donello, *Comm.* XIV, 2, 3. - Glück, *Comm.*, part. 13, §. 853, e seg. - G. Van Reigersberg, *Diss. de commodato.* L. B. 1825.
(9) Fr. 3, §. 6; fr. 4, D. XIII, 6. - « Non potest commodari id *quod usu consumitur*, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat ». Ordinariamente, l' oggetto del commodato è una cosa mobile; può essere anche un immobile; fr. 1, §. 1, D. ibid.
(10) Perchè promettendo un prezzo, si cangia in locazione, §. 2, J. III, 14 (15) in fine.
(11) Colui che riceve, non diventa dunque come nel *mutuum* proprietario della cosa, §. 2, J. cit. - fr. 9, D. XIII, 6. « Nemo commodando rem facit ejus, cui commodat » è per questa ragione che i rischi e pericoli non vanno a suo carico.
(12) Presso i Romani, s'appellava: *qui commodatum accepit*, o meglio: *is cui commodata rex est*; fr. 3, §. 2; fr. 5, 6 2, D. ibid. - fr. 14, §. 10, D. XLVII, 2.

§. 420. B. *Suoi effetti.*
1. *Obblighi del commodatario.*

Questo contratto obbliga il commodatario:

1. A portare la più gran cura sulla cosa imprestata; egli è responsabile d'ogni colpa; solo non risponde del caso fortuito (1).

2. Non può impiegare la cosa che nell'uso convenuto; in caso contrario commette un *furtum usus* ed è responsabile del danno cagionato anche dal fortuito (2).

3. È obbligato a restituire al commodante, e senza potersene ricusare, la cosa *in specie*, tostochè se n'è servito.

4. Se vi sono più commodatari, la legge stabilisce fra loro una solidalità, tanto per causa della cosa, quanto per causa della refezione de' danni (3).

5. L'azione che compete al commodante contro il commodatario, è azione diretta del commodato *(actio commodati directa)*.

§. 421. 2. *Obblighi del commodante.*

Il commodante, ha dal suo lato degli obblighi a soddisfare:

1. In generale, non è responsabile che della colpa lata (4).

2. Deve lasciare la cosa al commodatario, fino a che questi non siasene servito per l'uso convenuto (5).

3. Infine, deve rifondere al commodatario le spese da lui fatte per la conservazione della cosa, ma solo in quanto esse non sono nè ordinarie, nè importanti (6). Può esser costretto dal commodatario, a compire i suoi obblighi mediante l'azione contraria del commodato *(actio commodati contraria)* (7).

§. 422. III. *Del Deposito.*
A. *Nozione.*

Il *deposito (depositum)* (8), è un contratto per cui si consegna ad altri una cosa perchè gratuitamente la custodisca (9). Chi riceve il deposito si dice *depositarius*, depositario (10); chi deposita, *deponens depositur*, depositante. Quando alcuno è obbligato per necessità a dare ad altri in custodia la sua cosa, il deposito, si dice necessario *depositum miserabile* (11).

§. 423. B. *Suoi effetti.*
1. *Obblighi del depositario.*

Questo contratto obbliga il depositario:

1. A conservar la cosa. Egli non può in generale, nè servirsene nè usar-

---

(1) §. 2, J. III, 14 (15). - fr. 5, §. 2-9, D. XIII, 6. - Tranne però, allorquando è stato convenuto diversamente, o quando il commodante ha imprestato la cosa per suo vantaggio esclusivo *(sua causa)*; fr. 5, §. 10; fr. 10-12; fr. 18, pr., ibid. - Il commodatario non è obbligato a indennizzare della deteriorazione che la cosa soffre per uso regolare; fr. 23, ibid. - Loehr, *Teoria della colpa*, p. 160. - Hasse, *Della colpa*, p. 497.

(2) §. 6, 7, J. IV, 1. - §. 2, J. III, 14 (15). - fr. 17, pr. D. XIII, 6.

(3) Fr. 15, §. 15; fr. 6, D. XIII, 6. - V. la nota 1, qui sopra.

(4) Fr. 18, pr., §. 3; fr. 22, D. XII, 6.

(5) Fr. 17, §. 3, D. ibid.

(6) Fr. 18, §. 1, 2; fr. 21, 22, D. ibid.

(7) Fr. 17, §. 1; fr. 21, pr.; fr. 22, D. ibid.

(8) . 3, J. III, 14 (15). - Dig. XVI, 3. - Codice, IV, 34. - Paolo, II, 12. - Coll. Leg. Mosaic. tit. X. - Donello, *Comm. jur. civ.* lib. XIV, c. 2. - Glück, *Comm.* part. 15, §. 938, e seg. - X. F. de Harveng, *Diss. de deposito*. Lovan. 1826.

(9) Fr. 1, pr. D. XVI, 3. - « Depositum est, quod custodiendum alicui datum est; » dicesi ancora *commendatum*; fr. 186, D. L, 16. - Perchè se è stato pagato un prezzo, divien locazione; fr. 1, §. 8, D. XVI, 3.

(10) Fr. 1, §. 36, D. ibid. - Qualche volta si chiama così anche il depositante; fr. 7, §. 3, D. ibid.

(11) §. 17, J. IV, 6. - fr. 1, §. 1, D. ibid.

ne (1), tranne quando questa facoltà gli sia stata accordata espressamente o tacitamente. Allorchè la cosa depositata non è fungibile, il deposito prende la natura del contratto di locazione o dal commodato, secondochè si paga, o no per l'uso fattone (2). Quando al contrario, il deposito consiste in una somma di danaro, bisogna distinguere tre casi:

a) Il primo in cui il depositario ha chiesto l'uso del deposito, che prende allora la natura di *mutuum*, dal momento in cui l'uso è stato concesso (3).

b) Il secondo, in cui il depositario non ha chiesto l'uso del deposito, ma il depositante lo ha di suo proprio moto autorizzato ad usarne: il deposito si cangia allora *in mutuum*, dal momeuto in cui il depositario ha profittato di questa autorizzazione (4).

c) Il terzo, finalmente, quello in cui il depositario ha semplicemente ricevuto il danaro *ut tantum redderet*. Il depositario acquista allora tacitamente la facoltà d'usarne; il deposito non cangiasi in *mutuum*, ma conserva la sua natura; nel qual caso dicesi *depositum irregulare* (5).

2. Quando il deposito non riveste la natura d'altro contratto, il depositario non è tenuto che del dolo o della colpa lata; il dolo però trae seco l'infamia (6).

3. Il depositario è obbligato di restituire la cosa al depositante o alla persona da lui indicata, tuttavolta che questi la reclama (7). Quindi, niuna convenzione può restringere la facoltà nel deponente di richiedere in qualunque tempo la cosa (8).

4. L'esecuzione di tutte queste obbligazioni è garantita dall'azione del deposito (*actio depositi directa*) che il depositante dirige contro il depositario (9).

§. 424. 2. *Obblighi del depositante.*

Il depositante ha l'obbligo d'indennizzare il depositario; quindi è responsabile:

1. Della *diligentia*, perchè egli risente ogni profitto del contratto (10).

Deve in oltre rifondere al depositario le spese da lui fatte per la conservazione della cosa, o dalla restituzione della cosa ha necessitate (11).

3. Infine, il depositario può convenirlo in giudizio per costringerlo a compire le sue obbligazioni mediante l'azione contraria del deposito (*actio depositi contraria*) (12).

§. 425. C. *Del sequestro.*

Il sequestro è una specie particolare di deposito; consiste esso nel deposito e qualche volta nella amministrazione d'una cosa, o perchè litigiosa, o per qualunque altro motivo, onde ne sia fatta restituzione a colui al quale il giudice l'ha accordata, o a colui al quale essa appartiene, venendo a cessare il motivo del sequestro (13). In generale, il sequestro non può aver luogo che di consenso del

---

(1) §. 6, J. IV, 1. - Cost. 3, C. IV, 34.

(2) Fr. 1, §. 9, D. XVI, 3. - fr. 76, pr. D. XLVII, 2.

(3) Fr. 9, §. 9. D. XII, 1. - fr. 31, pr. D. XVII, 1.

(4) Fr. 1, §. 34; D. XVI, 3. - fr. 10, D. XII, 1.

(5) Fr. 25, §. 1, D. XVI, 3. - fr. 31, D. XIX, 2. - J. C. Jesnizer, *Quæstio juris controversi an detur depositum irregulare.* Lips. 1775.

(6) §. 3, J. III, 14 (15). - fr. 1, §. 8, 10, 47; fr. 31, D. XVI, 3. - fr. 1, D. III, 2. - Lœhr, *Teoria della colpa*, p. 147. - Hasse, *Della colpa*, p. 488, 491.

(7) Fr. 26, pr. D. XVI, 3. - Cost. 8, C. III, 42.

(8) Fr. 1, §. 45, 46; D. XVI, 3. - Cost. 11, pr. C IV, 34.

(9) §. 3, J. III, 14 (15).

(10) Fr. 5, §. 2, in fine, D. XIII, 6.

(11) Fr. 12, pr.; fr. 23, D. XVI, 3.

(12) Fr. 5, pr. D. XVI, 3.

(13) Fr. 110, D. L, 16. - fr. 5, §. 1; fr. 6; fr. 17, pr., D. XVI, 3. - fr. 9, §. 3, D. IV, 3. - Codice IV, 4. La cosa può

possessore della cosa (*sequestrum voluntarium*) (1); ma in casi eccezionali e per motivi particolari, può il giudice ordinarlo del pari contro la volontà del possessore (*sequestrum necessarium*) (2). Sovente il sequestro riveste la natura d'un altro contratto, lochè specialmente avviene, allorchè si dà a colui che riceve la cosa in sequestro, tanto l'amministrazione che l'uso della cosa. L'azione che risulta dal sequestro si basa egualmente su questa distinzione. Infatti se il sequestro consiste in un vero deposito, produce azione detta *sequestraria*; se presentasi, al contrario, sotto la forma di locazione o di mandato, dà vita all'azione *locati vel conducti* o *mandati sequestraria* (3).

§. 426. IV. *Contratto di pegno.* A. *Obblighi del creditore.*

Il *contratto di pegno* (*pignus contractus pignoratitius*) si pone in essere dando una cosa al creditore in sicurezza del suo credito (4). Il creditore è in obbligo, ricevendo il pegno:

1. Di restituirlo, quando sia soddisfatto.

2. Di prestare la *diligentia* e la *custodia* (5); egli non può servirsi del pegno, che solo quando questa facoltà gli è concessa; diversamente egli è tenuto del danno risultante dal fortuito (6).

3. L'esecuzione di queste obbligazioni può esser perseguitata dal debitore, dopo aver soddisfatto il creditore, mediante l'azione *pignoratia directa* (7). La prescrizione di quest'azione non comincia a decorrere che dal momento in cui il creditore è soddisfatto (8).

§. 427. B. *Obblighi del debitore.*

Il debitore è in obbligo di liberare il creditore da qualunque perdita:

1. Deve quindi restituirgli le spese da lui fatte per la conservazione della cosa, come per i miglioramenti essenziali, se esse non sono superflue (9).

2. È tenuto del dolo e della colpa (10), in conseguenza anco del caso in cui egli dà in pegno al creditore

---

essere mobile e immobile. Ordinariamente il sequestro ha luogo nelle cose litigiose, ma può del pari averlo nelle cose che non sono soggette a litigio. Per esempio nel caso di una dote che il marito comincia a dissipare; fr. 22, §. 8, D. XXIV, 3. - Le persone possono egualmente essere sottoposte a particolare sorveglianza, per esempio: fr. 1, §. 10, D. XXIV, 4. - fr. 3, §. 4-6, D. XLIII, 30.

(1) A cagione della Cost. un. C. IV, 4.

(2) Per esempio: fr. 21, §. 3, D. XLIX, 1. - fr. 7, §. 2. D. II, 8. - Cost. 3, in fine C. VII, 18. - fr. 22, §. 8, D. XXIV, 3

(3) Fr. 12, §. 2, D. XVI, 3. - fr. 9, §. 3, D. IV, 3.

(4) §. 4, J. III, 14 (15). - Dig. XIII, 7. - Codice IV, 24. - Donello, *Comm.* XV, 49. - Glück, *Commentarj*, part. 14, §. 861-875

(5) Fr. 13, §. 1, D. XIII, 7. - §. 4, J. III, 14 (15). - Cost. 19, C. VIII, 14. - Cost. 5, 6, 8, C. IV, 24. - Lœhr, *Teoria della colpa*, p. 149. - Hasse, *Della colpa* p. 211, 495.

(6) §. 6, J. IV, 1. - fr. 11, §. 1, D. XX, 1. - fr. 8, D. XX, 2.

(7) V. nota 13, p. 218. - C. N. Schlichtkrull, *An actio pigneratitia directa contra tertium possessorem institui queat.* Gryph. 1777. - Abr. Brack, *Diss. de actione pigneratitia contra tertium pignoris possessorem competente et non competente.* Giess. 1786. - G. P. G. Fresenius, *Diss. de pigneratitia actione adversus tertium rei oppigneratæ possessorem non competente.* Heidelb. 1818.

(8) Fr. 9, §. 3, 5, D. XIII, 7. - Cost. 10, 12, C. IV, 24. - C. F. Voigt, *Comm. de præscriptione actionis pigneratitiæ directæ.* Tubing. 1796.

(9) Fr. 8, pr. D. XIII, 7. - fr. 25, ibid., Cost. 7, C. IV, 24.

(10) Arg. §. 4, J. III, 14 (15): « quia pignus utriusque gratia datur et debitoris et creditoris ». - fr. 1, §. 2; fr. 31; fr. 36, D. XIII, 7. - Tranne quando la cosa si oppignora da un terzo; in tal caso egli non è tenuto che del dolo e della colpa lata. Arg. §. 4, J. cit. - fr. 5, §. 2, D. XIII, 6.

la cosa d'altri, la quale non aveva facoltà di ritenere; questo fatto fraudolento, l'obbliga a riparare tutte le perdite da lui cagionate (1).

3. Infine, l'azione competente al creditore, e che tende a chiedere l'esecuzione di queste obbligazioni, dicesi *actio pignoratitia contraria* (2).

B. *Dei Contratti innominati.*

§. 428. I. *Nozione dei contratti innominati.*

Oltre i contratti dei quali ci siamo fin quì occupati, e nei quali l'obbligazione si contrae per la cosa (*re*), ve ne sono molti altri che si contraggono egualmente per la cosa, ma che, in diritto romano, non hanno particolare denominazione; essi non producono azione particolare, ma solo un'azione *præscrictis verbis*. Di presente si dicono contratti innominati (3). Mirano solo a una determinata prestazione in ricambio di ciò che si è dato o prestato, e possono ridursi sotto la formula generale: *præsto ut præstes,* o come s'esprime Paolo, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias* (4). Ciascuna di queste formule può ricevere differenti modificazioni ed aver del pari per causa l'omissione d'un fatto (5). In tutti questi contratti, l'obbligazione ed azione non nasce se non quando una delle parti ha *fatto* o *dato* (6).

§. 429. II. *Natura dei contratti innominati.*

Una particolarità del diritto romano che merita di fissar l'attenzione, è che i contratti innominati formati per la dazione d'una cosa, ammettevano di diritto l'*jus pœnitendi*, vale a dire che colui il quale aveva dato qualche cosa a un altro, che erasi obbligato di dare o prestare in ricambio una cosa, aveva la scelta, finchè il secondo non aveva adempito al suo impegno, di dirigere contro di lui, in esecuzione dell'obbligazione, un'azione, *præscrictis verbis*, o di rescindere il contratto. Questa seconda scelta gli dava diritto a ripetere ciò che aveva dato, per la *condictio causa data, causa non secuta*, o come dicono ancora *condictio ob causam datorum* (7).

§. 430. III. *Specie di contratti innominati.*
A. *Della permuta.*

Fra i contratti innominati bisogna notare particolarmente i seguenti:

Il *contratto di permuta* in cui si

(1) Fr. 9, pr.; fr. 16, §. 1; fr. 32; fr. 36; §. 1, D. XIII, 7.

(2) Fr. 8, pr., D. XIII, 7.

(3) Dig. XIX, 5. - Codice, IV, 64. - Glück, *Comm.* part. 18, §. 1075. Ed. Gans, *Ueber, rœm. obligationenrecht, ins besondere, über die Lehre von den, Innominat contracten und dem jus pœnitendi,* o *Delle obblig. in diritto romano, specialmente dei contratti innominati, e dell'* jus pœnitendi, Heidelb. 1819.

(4) Fr. 5, pr. D. XIX, 5.

(5) Fr. 13; fr. 17, D. XIX, 5.

(6) Fr. 7, §. 2, D. II, 15. - Ciò dà la ragione per cui un semplice patto *(pactum nudum)*, appena eseguito dall'una delle parti, riguardavasi come un contratto innominato, e produceva un'azione. Cost. 1, C. V, 14.

(7) Dig. XII, 4. - fr. 3, §. 2; fr. 5, pr., §. 3, 4, D. ibid.; fr. 5, §. 1. 2; fr. 7, D. XIX, 5. - fr. 1, §. 4, D. XIX, 4. - Cost 1, C. V, 14. - Donello, *Comm.* XIV, 20-22. - C. G. Wachter, *Doctrina de condictione causa data causa non secuta in contr. innom.* Tubing. 1822. - G. J. Bruce, *Ad tit. Pand. de condictione causa data causa non secuta.* Lugd. Bat. 1827.

dà una cosa in cambio d'un'altra (1). Esso ha la più grande affinità col contratto di vendita, e va soggetto ai principj di quello (2); nullameno nella permuta, la tradizione conferisce la proprietà, per quanto colui che riceve la cosa, non abbia per sua parte dato ciò che aveva promesso (3). Vi ha di più la differenza che, nella permuta, ciascuno risponde della proprietà della cosa data, e che ne rende l'altro realmente proprietario; mentre nella vendita, se non vende scientemente la cosa altrui, non è tenuto che dal momento in cui il compratore è evitto nella cosa comprata (4).

§. 431. B. *Contratto estimatorio.*

Il *contratto estimatorio (contractus æstimatorius)* consiste in dare a qualcuno una cosa per venderla, affinch'egli ne riporti o il prezzo fissato o la cosa stessa (5). Il rivenditore non diviene proprietario della cosa, ma ne sopporta i rischi e pericoli, sia che abbia promesso di consegnare il prezzo determinato, sia ch'abbia pregato l'altro di dargli la cosa per rivenderla (6). Fuor ciò, non è responsabile che del dolo e della colpa (7). L'azione *præscriptis verbis*, che tende all'esecuzione di questo contratto, dicesi *æstimatoria* o *de æstimato* (8).

§. 432. C. Conctractus suffragii.

Il *contractus suffragii* si pone in essere dando qualche cosa a un cortigiano, affinchè interceda presso il principe. Questo contratto è permesso, tranne quando le funzioni di colui che riceve, l'obbligano a far delle pratiche per l'altro, e quando trattasi della nomina a un pubblico impiego (9).

III. *Verborum obligatio.*

§. 433. *Della stipulazione.*

La *verborum obligatio* che formavasi per l'osservanza d'una solennità verbale *(solemnibus verbis, obligatio* verbis *contrahitur)*, era di tre specie nell' antico diritto romano: la *dictio dotis*, la *promissio operarum jurata a liberto facta* (10), e la *stipulazione* generale (11); nel diritto Giustinianeo non rimane più che la stipulazione. Essa è ogni convenzione che si forma per una domanda verbale diretta alla prestazione d'una cosa o di un fatto determinato, e per la risposta verbale e affermativa fatta immediatamente dopo la domanda e alla medesima corrispondente (12). Si-

---

(1) Dig. XIX, 4. - Codice, IV, 64 - fr. 5, §. 1, D. XIX, 5. - G. G. van Jagen, *Selecta de pactis et contractibus, in primis autem de permutatione.* Grœning. 1808. - Glück, *Comm.* part. 18, §. 1068-74.

(2) Cost. 2, C. IV, 64.

(3) Cost. 4, C. ibid.

(4) Fr. 1, pr. §. 1, 3, D. XIX, 4. - fr. 5, §. 2, D. XIX, 5. - Cost. 1, C. IV, 64. - Cost. 29, C. VIII, 45.

(5) Dig. XIX, 3. - Glück, *Comm.* part. 18, §. 1065-1067.

(6) Fr. 5, §. 3, D. XIII, 6. - fr. 1, §. 1, D. XIX, 3.

(7) Fr. 17, §. 1, D. XIX, 5.

(8) Fr. 1, pr. D. X1X, 3.

(9) Cost. un. C. IV, 3. - Nov. 8. c. 1. - Nov. 161, c. 2.

(10) Dig. XXXVIII, 1. - Codice, VI, 3.

(11) Gaio III, §. 92-127. - Ist. III, 15 (16); 19 (20). - Dig. XLV, 1. - Codice VIII, 38, e 39. - Donello, *Comm. jur. civ.* lib. XII, c. 15, 18. - J. Goddæus, *Comm. de contrahenda et committenda stipulatione.* Ed. noviss. Herborn. 1609. - C. F. Mühlenbruch, *Comm. hist. jurid. de vera origine, genuina vi ac indole stipulationis,* Manheim. 1785. - J. A. van der Heim, *Diss. de contrahenda et committenda stipulatione.* Lugd.-Bat. 1813.

(12) Pr. §. 1, J. III, 15 (16). - fr. 1, §. 7, D. XLIV, 7; fr. 1, pr., D. XLV, 1. - Cost. 10, C. VIII, 38.

mili stipulazioni intanto erano più frequenti e importanti presso i Romani, in quanto ogni semplice promessa non produceva azione che allorquando era rivestita delle forme dell a stipulazione.

La stipulazione produceva l'azione *ex stipulatu*, e quando la cosa da consegnarsi era determinata quanto alla sua specie, la *condictio certi* (1).

IV. *Literarum obligatio.*

§. 434. I. *Nozione dell'obbligazione letterale.*

Come l'obbligazione verbale si basa sopra una solennità verbale, così l'obbligazione scritta fondasi sopra una solennità letterale (*contraihitur* literis *obligatio*). Nell' antico diritto, si annoverava fra le obbligazioni letterali la *nomina facere et transcribere* nei libri di maneggio, e la *syngrapha* (2). Queste obbligazioni letterali dell'antico diritto, cessarono sotto Giustiniano; nullameno esse rivestono i caratteri seguenti delle obbligazioni letterali del nuovo diritto, che interamente da quelle differiscono. La semplice remissione d' un chirografo (*cautio s. chirographum*) non costituisce di per se stessa una obbligazione. Si esige di più che abbia avuto luogo la dazione dell'oggetto della obbligazione (*numeratio s. datio*). L'azione intentata dal creditore in forza del suo chirografo, può dunque respingersi coll'eccezione di non aver ricevuto ciò per cui uno si è riconosciuto debitore. Nullameno, allorquando colui che rilascia il chirografo, per quanto non abbia ricevuto ciò che forma oggetto del suo debito, abbandona per un certo tempo questa recognizione nelle mani di colui che l'ha ricevuta, il chirografo solo, dà, dopo questo spazio di tempo vita a una obbligazione; da questo momento il debitore è obbligato a pagare, non per la ragione che abbia ricevuto, ma perchè si è riconosciuto debitore in scritto. Questa è l'*obbligazione letterale* del diritto Giustinianeo, e l'azione che ne deriva, dicesi *condictio ex chirographo* (3). Ma il nome di *contratto letterale* o di *contratto chirografario* (*contractus chirographarius*) che i moderni gli hanno dato, è assai improprio.

§. 435. *Dei casi cui interviene l' obbligazione letterale.* A. *nel caso d'imprestito.*

L'obbligazione letterale, tal quale è nel nuovo diritto, presentasi nella materia dell' imprestito. Colui che riconosce per un chirografo, dovere a una persona una somma determinata, da questa imprestatagli, non può, durante due anni, venire azionato in forza del chirografo; quindi, allorchè durante questo tempo, il possessore del chirografo intenta l'azione *mutui*,

(1) Pr. J. III, 15 (16). - fr. 74, D. XLV, 1. - fr. 9, 24, D. XII, 1.

(2) Sull'obbligazione letterale dell'*antico diritto*, v. Cicerone, *pro Roscio*, c. 1-5; *pro Cluentio*; c. 14, 30; *De officiis*, III, 14; *ad Atticum*. c. 4, 18; *in Verrem*, II, 1, c. 36, e soprattutti Asconius Pedianius *ad h. l.* - Gajo, III, 128-134. - Teofilo, sulle Ist. III, 21 (22). - H. ab Idsinga, *Disp. de mutuo et veteri literarum obligatione.* Franeq. 1736, e in Oelrich, *Thes. diss. nov. Belg.* vol. I, t. I, p. 107. - A. Z. Hanlo, *Diss. de nominum obligatione.* Amstelod. 1825. - A. Wunderlich, *Diss. de antiqua literarum obligatione.* Gœtt. 1832. - A. E. Endemann., *Pr. de chirografo et exceptione non numeratæ pecuniæ.* Marb. 1832, p. 1-7.

(3) Sulla obbligazione letterale in *diritto nuovo*, v. Ist. III, 21 (22). - Codice IV, 30. - Doneau, *Comm. ad tit. Cod.* IV, 30. - Glück, *Comm.* part. 12, §. 786-788. - Majer, *De vera exceptionis non numeratæ pecuniæ indole.* Wirceb. 1807.

è respinto coll'eccezione *non numeratæ pecuniæ*; e come questa eccezione non è in realtà che una contestazione di lite negativa, il creditore dee provare con altri mezzi aver realmente contate le specie (1). Così, colui che ha rilasciato il chirografo, ove non abbia ricevuto il danaro, nè sottoscritto *donandi animo*, potrà ripetere la sua recognizione durante i due anni, intendendo la *condictio sine causa* (2). Ma dopo lo spazio dei due anni, che per i minori non comincia a decorrere che dal momento della loro maggiorità, il soscrittore è tenuto al pagamento, poco importando ch'egli abbia o no, ricevuto il danaro: il chirografo è divenuto obbligatorio per lui, e la causa della sua obbligazione non consiste nell'aver ricevuto, ma nell'aver riconosciuto nel possessore del chirografo, che quest' atto menziona, colui che gli ha consegnato la somma (*non re, sed literis obligatur*). Infine, poichè poco interessa che dopo lo spazio dei due anni egli habbia ricevuto qualche cosa, non può più essere ammesso a provare di non aver ricevuto (3).

§. 436. B. *Nel caso della dote.*

Una somigliante obbligazione letterale si presenta del pari nel caso, in cui una dote è stata promessa ma non numerata (*dos causa sed non numerata*). Infatti, quando lo sposo riconosce d' aver ricevuto in un atto matrimoniale (*in instrumentis dotalibus*), o in un chirografo, la dote che non gli è stata contata, può, tanto egli che il suo erede, respingere l'azione di restituzione di dote, coll'eccezione *dotis cautæ sed non numeratæ*; questo diritto gli compete dentro l' anno, se il matrimonio ha durato meno di due anni; dentro tre mesi, se ha durato più di due anni, ma meno di dieci. Egli può del pari intentare azione, durante questo spazio di tempo, per farsi restituire il chirografo. Decorso questo spazio, o se il matrimonio avesse durato dieci anni, lo sposo e suo erede non è più ammesso a intentare la *querela* o a opporre l'*exceptio dotis cautæ sed non numeratæ*; egli è obbligato a restituire la dote che ha dichiarato per scritto d'aver ricevuto, quand'anche ciò non sia vero (*literis obligatio*). Se, contraendo il matrimonio, egli era per anco minore, la legge gli accorda dodici anni per intentare l'azione di non aver ricevuto la dote promessa, e, in caso di morte, il suo erede maggiore, ha ancora un anno, minore, cinque dallo scioglimento del matrimonio, per intentare la *querela* o opporre l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. Decorso questo spazio, è obbligato alla restituzione della dote promessa (4).

---

(1) Cost. 3, 4, 13, C. IV, 30. - Auth. *contra*, Codice, ibid. - Auth. *Si quis vult.* C. VIII, 18. La questione di sapere se l'eccezione *non numeratæ pecuniæ* abbia luogo soltanto contro le recognizioni nell'*imprestito*, o sivvero s'applichi egualmente come eccezioni *non datæ rei*, contro le recognizioni, *in altri contratti reali*, è molto agitata. Secondo la Cost. 14, pr. C. IV, 30, essa pare nullameno, ammissile come eccezione *non datæ rei*, in altri contratti reali, ad eccezione del deposito. Cost. 14, §. 1, C. ibid.

(2) Cost. 7, 14, §. 14, C. IV, 30. - Cost. 4, C. IV, 9. - Vi sono mezzi di perpetuare l' eccezione *non numeratæ pecuniæ*.

(3) Ist. III, 21 (22), in fine. - Cost. 8, 14, pr. C. IV, 30. - Molti autori sono di diversa opinione, in specie Unterholzner. Ma la Cost. 14, pr. cit. dice espressamente: « Sed intra solum biennium continuum, ut eo elapso *nullo modo* querela non numeratæ pecuniæ introduci non possit ». - Cpr. Nov. 100, cap. 1.

(4) La Novella 100, deroga alla Cost. 3, C. V, 15, secondo cui la *querela* o *exceptio dotis cautæ sed non numeratæ*, era, in tutti i casi, ricevibile anche dopo lo scioglimento del matrimonio: lochè risulta chiaro dalla Nov. 100, præf. confrontata col cap. 1, verb.: - « *nec annum dantes* ». - Glück, *Comm.* part. 25, §. 1239. Altri pretendono che la Nov. 100,

TITOLO SECONDO

Dei patti (1).

a. 437. *Nozione e specie dei patti in generale.*

I *patti (pacta)*, erano presso i Romani, convenzioni le quali non producevano che una obbligazione naturale, senza mai dar luogo ad azione (*quæ non habent causam civilem)* (2). Ma, se in seguito, fu accordata a molti patti la medesima forza che alle obbligazioni civili, e d'allora si distinsero i patti in *pacta nuda*, i quali non producevano che una eccezione, e in *pacta non nuda s. vestita*, che davan luogo a un'azione. Il diritto civile proibiva però certe convenzioni, le dichiarava nulle e senza effetto, e non solo non potevano esse più produrre una eccezione, ma nemmeno, con la *condictio indebiti*, ripetere ciò che si era di già pagato. Ai patti che producevano azioni, e dei quali qui ci occuperemo, appartengono i *pacta adjecta*, i *pacta legitima*, e i *pacta prætoria*.

I. *Pacta adjecta.*

§. 438. 1. *Nozione.*

I *pacta adjecta* erano, in diritto romano quelli che si aggiungevano ai contratti di buona fede (*contractus bonæ fidei*) al momento in cui venivano questi conclusi; formavano essi dunque parte del contratto stesso, e la loro esecuzione poteva perseguitarsi coll'azione prodotta dal contratto medesimo (3). Ordinariamente si modificano, per queste convenzioni accessorie, le conseguenze che derivano dalla natura legale del contratto (*detrahitur contractui)*; sovente ancora, si regolano dei punti che non sarebbero una conseguenza generale della natura legale del contratto (*adjicitur contractui)* (4).

§. 439. 2. *Specie dei patti adietti ai contratti.*

Fra le convenzioni accessorie, che cangiano e modificano i contratti, si annovera:

1. Il *pactum promitiseos*, per cui il venditore d'una cosa si riserva il diritto di ricompra innanzi tutti, nel caso in cui il compratore rivenda la cosa. Ma per potere esercitare questo diritto, il venditore deve fare le offerte medesime e presentare le stesse condizioni del terzo (5).

---

non parli che della *querela* dotis non numeratæ pecuniæ, e la C. 3, cit. dell'*exceptio* dotis non numeratæ.

(1) Dig. II, 14. - Codice II, 3.

(2) Fr. 7, §. 4, D. II, 14. - « Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem ». Cpr. fr. 41, ibid. - §. 3, 9, J. IV, 13. - fr. 13, 19, pr., D. XII, 6. - Cost. 5, C. IV, 31. - Cost. 10, C. II, 3.

(3) Fr. 7, §. 5, D. II, 14. - Cost. 10, 13, C. II, 3. - Cost. 2, C. IV, 54.

(4) Fr. 7, §. 5, 6, D. II, 14. - fr. 72, pr. D. XVIII, 1. - Quindi la regola: *pacta dant legem contractui.*

(5) Fr. 75, D. XVIII, 1. - fr. 21, §. 5, D. XIX, 1. Vi sono persone che hanno questo diritto di ricompra di pieno diritto, per esempio il padrone dell'enfiteusi *(dominus emphyteuseos)* Cost. 3, C. IV, 66. - In generale: G. C. OEltze, *De quæstione an in venditione gratiosa jus promitiseos locum habeat?* Jenæ, 1767.

2. Il *patto di retrovendita (pactum de retrovendendo)*, per cui il venditore d'una cosa si riserva, dappoi, o durante un certo tempo, il diritto di ricomprare (1).

3. La *in diem addictio*, allorquando si conviene che la vendita sia riguardata come non avvenuta, se dentro un determinato tempo si presenta un migliore offerente, o che non sia valida, se non quando in un tempo stabilito non si presenti migliore offerente (2).

4. Il *pactum reservati* o *reservatæ hypothecæ*, per cui il venditore creditore del prezzo della vendita, si riserva la proprietà della cosa venduta fino al pagamento del prezzo, o in garanzia, si fa dare un' ipoteca sulla cosa (3).

5. Il *pactum de non præstanda evictione*, per cui si libera il venditore dall'obbligo della garanzia (4).

6. Il *patto commissorio (pactum commissorium* o *lex commissoria)*, la quale è una convenzione, per cui uno dei contraenti vien liberato dall'obbligazione, se l'altro non compie la sua nel tempo determinato (5). Questa convenzione può accompagnare tutti i contratti, ad eccezione del contratto di pegno in cui è proibita.

7. Il *pactum displicentiæ*, per cui l'uno o l'altro dei contraenti, o tutti e due si riservano, durante un certo tempo, il diritto di non osservare il contratto (6).

8. L'*anticresi* che si presenta nel contratto di pegno di cui abbiamo già parlato.

9. Il *pactum de non alienando*, che proibisce al compratore d'una cosa d'alienarla in favore d'una determinata persona (7).

II. *Pacta legitima.*

§. 440. *Nozione dei patti legittimi.*

I *patti legittimi (pacta legitima)* erano convenzioni alle quali, per eccezione, il diritto civile degl'imperatori aggiunse l'azione (8). Oltre molte altre convenzioni (9) si conta fra i patti legittimi: il patto di donazione (*pactum donationis*) e la promessa di dote, fatta per semplice patto.

§. 441. I. *Della donazione.* A. *Nozione e specie della donazione.*

La donazione (*donatio*) è una liberalità per cui uno trasferisce, senza

---

- G. S. Madihn, *De jure promitiseos ejusque a retractu discrimine.* Halæ, 1758.

(1) Fr. 12, D. XIX, 5. - Cost. 2, C. IV, 54.

(2) Dig. XVIII, 2. - Donello, *Comm.* XVI, 18. - Glück, *Comm.* part. 16, §. 1001, 1005. - S. I. G. Behrens, *Comm. de periculo et commodo rei sub lege addictionis in diem venditæ.* Kil. 1793. - F. J. Musset, *Observat. conventionibus ad conditionem initis*, 1813, cap. 1-3.

(3) A. F. Goessel, *De vi reservati dominii.* Colon. 1793 - Fetzer, *De jure separationis, quod orto concursu venditori in re vendita competit.* Tubing, 1799.

(4) Fr. 11, §. 18, D. XIX, 1.

(5) Dig. XVIII, 3. - Codice VIII, 35. Donello, *Comm. jur. civ.* XVI, 19. - G. S. Madihn, *De effectu legis commissoriæ parte pretii soluta.* Halæ, 1755. - J. Wilkens, *De lege commissoria emtionis venditionis.* Gœtt. 1786. - Glück, *Comm.* part. 16, §. 1006, 1012.

(6) Fr. 3, D. XVIII, 1. - J. A. Bach, *De mulcta pœnitentiali in emtione venditione.* Lips. 1756.

(7) Fr. 75, D. XVIII, 1. - fr. 21, §. 5. D. XIX, 1. - fr. 135, §. 3, D. XLVI. - Cost. 3, C. IV, 6. H. Carrard, *Dissert, de pacto de non alienando.* Tübing. 1789.

(8) Fr. 6, D. 11, 14. « *Legitima* conventio est, quæ lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quoties lege vel Senatusconsulto adjuvatur ». Qui non è questione dei patti legittimi il cui effetto era d'estinguere un'obbligazione di pieno diritto.

(9) Per esempio, il compromesso.

esservi astretto, la proprietà d' una cosa in un altro che l'accetta (1). *Est liberalitas, nulla jure cogente, in accipientem facta.* Le persone che intervengono nella donazione sono : il *donante (donans, donator)* e il donatario *(donatarius)*. La donazione si divide in *donazione tra'vivi* (*donatio inter vivos*) e in *donazione a causa di morte* (*donatio mortis causa*), secondochè essa è immediatamente irrevocabile , o che tale non diventa se non dopo la morte del donante o d'un terzo (2). Noi parleremo adesso della donazione tra'vivi soltanto; della donazione a causa di morte sarà detto in progresso.

§. 442. B. *Della donazione tra'vivi* (3).

1. *Chi può fare, e accettare una donazione tra'vivi?*

La donazione tra' vivi può esser fatta da tutti coloro, che hanno la libera disposizione dei loro beni, e chi, in generale, può acquistare, può del pari donar tra' vivi. Ma le due persone non debbono però esser tali, da doversi, in diritto , riguardare come una sola; per esempio, il padre e il figlio di famiglia (4).

§. 443. 2. *Quali cose possono donarsi.*

Ogni cosa che reca profitto al donatario, essendo egli capace d'acquisto, può formare oggetto di donazione (5). Quindi si può trasferire, per donazione, non solo la proprietà nel donatario (6), ma concedergli eziandio dei diritti reali (7); si può donargli e cedergli dei crediti (8) , liberarlo da un debito (9), e rinunziare, a suo pro , a diritti acquisiti o litigiosi (10). Anche tutto il patrimonio del donante può divenire oggetto della donazione; nullameno, essa non dà, e il donatario non acquista il diritto , che sui beni che rimangono, deduzione fatta dai debiti (11). La donazione di tutti i beni (*donactio omnium bonorum*) , non serve mai di base a una successione universale; è per questa ragione che il donatario, non può mai essere direttamente azionato pei debiti del donante (12).

§. 444. 3. *Specie di donazioni tra'vivi.*

La donazione è pura (*donatio mera*), allorchè ha vita unicamente per la liberalità del donante (13); è onerosa allorchè il donatario è obbligato a una certa prestazione (*donatio non mera*); è remuneratoria (*donatio remunera-*

(1) §. 1, J. II, 7. - fr. 29, pr. D. XXIX, 5. - fr. 82, D. IV, 17. - « Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. » - fr. 38, D. XVIII, 1.

(2) §. 1, 2, J. II, 7. - fr. 1, pr. D. XXXIX, 5. - fr. 30, D. XXXIX, 6.

(3) Paolo, *Sent. recept.* V. II. - Cod. Theod. VIII, 12. - Ist. II, 7. - D. XXXIX, 5. - Codice, VIII, 54-56. - Donello, *Comm.* V, 2; XIV, 26-32. - Stisser, *Diss. de donat. natura et indole sec. jus rom.* Halæ, 1799. - I. V. Jouret, *Diss. de donationibus inter vivos ex jure rom.* Lovan. 1827.

(4) Fr. 1, §. 1, D. XLI, 6. - Questa regola soffre eccezione dopo la istituzione dei peculj. Cost. 4, C. III, 36. - Cost. 6. §. 2, C. VI, 61. - fr. 31, §. 2, D. XXXIX, 5. - Cost. 17, pr. C. VIII, 54. - Cost. 25, C. V, 16.

(5) Fr. 9, §. 3, D. XXXIX, 5.

(6) La donazione *della cosa altrui* non pruduce che un titolo d' usucapione; fr. 2, 3, D. XLI, 6. - fr. 13, pr. D. XXXIX, 6.

(7) Fr. 9, pr.; fr. 28, D. XXXIX, 5.

(8) Fr. 2, §. 2; fr. 33, §. 3, D. XXXIX, 5. - Cost. 22 , C. IV , 35. - « Si autem *per donationem* cessio facta est ». Cost. 23, ibid.

(9) Fr. 17; fr. 23, pr. D. XXXIX, 5. - fr. 1, D. II, 15.

(10) Fr. 5, §. 13-15, D. XXIV, 1.

(11) Fr. 72, pr. D. XXIII, 3. - fr. 12, D. XXXIX, 5. - fr. 39, D. L. 16.

(12) Leyser riguarda, in tal caso, il donatario come successore universale.

(13) Fr. 1, pr.; fr. 29, pr., D. XXXIX, 5.

toria), allorchè è fatta in compensazione di servigii resi, o di benefizii ricevuti (1); finalmente quella fatta coll'obbligo d'attendere un fine, è una donazione *sub modo* (2). L'una e l'altra sono spesso atti bilaterali

§. 445. 4. *Della forma della donazione.*

1. Secondo l'*antico diritto*, il semplice patto di donazione, non produceva azione di sorta. La donazione destinata a volere e a produrre degli effetti, doveva esser fatta in forma di stipulazione, o essere stata eseguita. La Legge *Cincia* (a. 550) proibiva egualmente di fare delle donazioni eccedenti un valore determinato, tranne a parenti prossimi (3).

2. Nel *diritto nuovo*, le costituzioni degl'imperatori, soggettarono la validità delle donazioni a più formalità: talvolta esigevasi la Scrittura, talvolta la presenza dei testimonj, talvolta la insinuazione, cioè a dire una trascrizione negli atti pubblici, ma questo diritto subì frequenti cangiamenti (4).

3. Infine, *Giustiniano* ordinò che il semplice patto di donazione producesse un' azione, e che non si richiedesse l'insinuazione che allorquando la donazione esuberasse i 500 solidi (*solidi*). La donazione non insinuata è nulla per la somma che oltrepassa i 500 solidi, e il di più ove la donazione sia stata eseguita, può richiedersi colla *condictio indebiti* (5). Vi ha nullameno delle donazioni che non abbisognano d' insinuazione per quanto oltrepassino questa somma. Tali sono in particolare le donazioni fatte allo scopo di riscattare dei prigionieri, o riedificare case rovinate (6); tali sono le donazioni fatte dal principe o dall'imperatrice, o loro fatte (7); in seguito le donazioni a causa di morte, valevoli come legati (8), o a causa di nozze (*donatio propter nuptias*) (9); ma le donazioni remuneratorie son soggette all'insinuazione (10).

§. 446. 5. *Effetti della donazione tra' vivi.*

Una donazione tra vivi, allorchè non è stata eseguita, produce l' effetto di dare al donatario un' azione per farla eseguire; questa è l' azione

---

(1) Fr. 27; fr. 34, §. 1, D. ibid. - fr. 6, pr.; fr. 7, D. XVII, 1. - fr. 12, §. 2, 3, D. XXVI, 7. - fr. 25, §. 11, D. V, 3. - C. Schildener, *De differentiis inter donationem simplicem remuneratoriam spuriis*. Jenæ, 1798.

(2) Cost. 9, 22, C. VIII, 54. - Cost. 8, C. IV, 64. - Cost. 1, C. VIII, 55. - Cost. 2, 6, C. IV, 6. - F. Bergmann, *De natura donationum sub modo*. Gœtt. 1808.

(3) Sull' *antico diritto*, specialmente sulla legge *Cincia*, v. *Fragm. vaticana*, §. 263, 302-311. - Brummer, *Comm. ad Legem Cinciam*. Parigi, 1666. - A. A. F. Rudorff, *Diss. de Lege Cincia*. Berol. 1825. - E. Van der Burgh, *Comm. de donationibus*; negli *Annal. Academ. Leod.* a 182-425. - S. C. Klinkhamer, *Comm. de donationibus*. Amstelod. 1825. - I. G. P. Serverans, *Diss. ad Legem Cinciam*. Gandavi, 1829.

(4) Sul *diritto nuovo*, v. *Fragm. vaticana*, §. 249. - Cost. 1, C. Th. III, 5. - C. Th. VIII, 12. - Cost. 25-33, C. VIII, 54. - A. Einert, *Diss. de donatione immodica coram competente judice insinuanda*. Lips. 1805.

(5) Su questo diritto di Giustiniano, v. §. 2, J. II, 7. - Cost. 34-37, C. VIII, 54. - Nov. 52, c. 2. - Nov. 162, c. 1. - Sulla donazione di rendite annue che oltrepassano questa somma: Cost. 34, §. 4, C. ibid. - Quindi, la *donazione frai conjugi* che eccede questa somma, è del pari soggetta a questa formalità, a menochè il donante, non l'abbia confermata per atto d'ultima volontà. - Cost. 25, C. V, 16. - Nov. 127, c. 2.

(6) C. 36, pr., §. 2, C. VIII, 54. Così però non procede nelle donazioni *ad pias causas* in generale. Cost. 19, C. I, 2.

(7) Cost. 34, pr., C. VIII, 54. - Nov. 52, c. 2.

(8) Cost. ult. C. VIII, 57.

(9) Nov. 119, c. 1. - L' insinuazione omessa non pregiudica la donna, ma il marito, - Nov. 127, c. 2.

(10) La maggior parte degli autori pensano che non siano soggette a insinuazione.

ex stipulatu, quando la donazione è stata accompagnata da stipulazione; in ogni altro caso ha luogo la *condictio ex lege* 35, §. *ult. C. de donationibus* (VIII, 54) (1). Nullameno il donante non può esser condannato a donare oltre i proprj mezzi (*nisi in quantum facere potest*) è non è obbligato a pagare usura alcuna (2). Per regola generale, non è obbligato a rispondere dell'evizione, tranne se l'abbia promessa, o se abbia scientemente donato una cosa d'altri, cagionando per ciò dei danni al donatario (3).

§. 447. 6. *Cause di revoca.*

Generalmente la donazione tra'vivi è *irrevocabile*. Nullameno questa regola soffre nelle donazioni pure, le seguenti eccezioni (4).

A. Quando eccede la porzione di cui il donante può disporre, e attacca in conseguenza la parte legittima di quelli che hanno diritto di chiederla (*donatio inofficiosa*) (5). Questa porzione si determina secondo la quota dei beni del donante al momento in cui fa la donazione. Questa donazione inofficiosa può esser rescissa a richiesta di chi ha diritto alla legittima, ma non già a richiesta del donante medesimo; la rescissione s'opera fino a concorrenza dei beni che formano la porzione legittima dell'attore (6).

B. Il donante ha per se stesso il diritto di revocare la donazione nei seguenti casi:

1. Allorchè il donatario si rende colpevole d'ingratitudine verso di lui, come se lo caricasse di gravi ingiurie, o esercitasse verso lui le vie di fatto, o gli cagionasse gran danno nelle sostanze in seguito di manovre fraudolenti, o gli attentasse la vita, o non compiesse le obbligazioni impostegli dalla donazione (7). In tutti questi casi, il solo donante, escludendo il suo erede, ha diritto di revocare la donazione (8); la legge non gli accorda, per ripetere le cose donate, che un'azione personale, senza che possa esigere i frutti percetti (9).

2. Il donante può ancora revocare la donazione di tutti i suoi beni o di una parte considerevole dei medesimi, quando donò in tempo in cui era privo di figli, e in seguito gliene sopravvenne (10).

---

(1) §. 2, J. II, 7. - Cost. 35, §. ult. C. VIII, 54. - Nov. 162, c. 1. - Ma il donatario non acquista che per la tradizione la *proprietà* della cosa donata. Cost. 20, C. II, 3, §. 40, in fine, J. II, 1.

(2) Fr. 12; fr. 22; fr. 23, pr. §. 3, §. XXXIX, 5. - fr. 19, §. 1; fr. 30, 49, 50, D. XLII, 1.

(3) Cost. 2, C. VIII, 45. - fr. 18, §. 3, D. XXXIX, 5. - Cpr. fr. 62, D. XXI, 1.

(4) Perchè niuna di queste cause autorizza la revoca delle donazioni remuneratorie, fr. 25, §. 11, D. V, 3. - fr. 27; fr. 34, §. 1, D. XXXIX, 5. - fr. 54, §. 1, D. XLVII, 2.

(5) Fr. 87, §. 3, 4, D. XXXI. - Cod. Theod. II, 20. - Cod. Just. III, 29. - Nov. 92. - Cujacio, *Paratitla in tit. C. de inoff. don. Observ.* V. 14, Expos. Nov. ad Nov. 92. - Donello, *Comm.* XIX, 11. - Schorcht, *Diss. de donat. inoff. pro parte legittimæ rescindenda*, ed 2, Jena, 1797. - Glück, *Comm.* t. VII, §. 550. - C. G. Hille, *Diss. de immodicarum donationum querela.* Marb. 1828.

(6) La questione di sapere fino a concorrenza di qual somma l'attore ha diritto di azionare, è stata disputata in ogni tempo. In tutti i casi, la *querela inofficiosæ donationis*, non può intentarsi che dopo la morte del donante.

(7) Cost. 10, C. VIII, 56. - Questo diritto di revoca per causa d'ingratitudine va soggetta a qualche restrizione; v. la Cost. 7, C. ibid.

(8) Il donante può chieder la revoca per causa d'ingratitudine non solo contro il donatario, ma anche contro i suoi eredi.

(9) È questa la ragione per cui gl'*jura in re* concessi ad un terzo, cessano egualmente.

(10) È per lo meno in tal guisa che la giurisprudenza spiega la Cost. 8, C. ibid. quantunque essa non sia basata realmente che sul rapporto particolare del liberto di fronte al patrono. - Giphanius, *Explanatio legum Codicis*, Colon. 1615, p. 487. - J. F. N. Cremers, *De revocandis donationibus inter vivos propter liberos supervenientes.* Grœning. 1817.

§. 448. II. Pactum de dota costituenda.

L' antico diritto romano non dava azione per chiedere la costituzione d'una dote promessa, se non quando la promessa era fatta per stipulazione, o per *diclio dotis*. Ma secondo il diritto nuovo il semplice patto *de dote costituenda*, e anco la *pollicitatio dotis* produceva azione (1).

III. *Pacta prætoria.*

§. 449. A. *Del costituto.*

I *patti pretorii (pacta prætoria)* sono convenzioni alle quali il pretore nel suo editto aggiungeva l'azione (2). A questi patti appartiene il *costituto* (*constitutum debiti s. pecuniæ*), il quale è una convenzione per cui nuovamente si promette ciò che già si doveva (3). Se il debito è stato contratto da colui che ha fatto la promessa, la convenzione prende nome di *constitutum pecuniæ propriæ*; se è, al contrario, debito d'un altro, dicesi *constitutum pecuniæ alienæ* (4). La prima aveva presso i Romani, specialmente il vantaggio, che la promessa la quale da primo non dava alcuna azione, poteva essere perseguitata per la esecuzione, *ex constituto;* la seconda era una specie d'intercessione di cui parleremo in appresso. L'azione derivante dal costituto dicesi *pecuniæ constitutæ actio* (5).

§. 450. B. *Del patto del precario* (6).

Il *patto del precario (precarium)* è una convenzione in forza della quale una delle parti accorda gratuitamente all'altra, e fino alla revoca, l'uso d'una cosa o l' esercizio d' un diritto (7). Colui che riceve la cosa, il quale è solo responsabile del dolo e della colpa lata (8), acquista in generale, per questa convenzione, il vero possesso della cosa, a meno che, non sia stato espressamente convenuto che egli non abbia che la semplice detenzione (9). Chi dà la cosa, può in ogni tempo richiederla, quand'anche l'avesse concessa per un tempo determinato (10), e la legge gli accorda, in caso di negativa, l' interdetto *de precario* (§. 235) o un' azione *præscriptis verbis* (11). Il patto del precario convenuto per un tempo determinato, viene tacitamente a prolungarsi, allorchè decorso lo spazio del

---

(1) Cost. 3, 4, C. Th. III, 12. - Cost. 6, C. V, 11. - Cost. 25, C. IV, 29.

(2) §. 1, J. III, 13 (14). - §. 3, J. IV, 6. Il *receptum arbitrii* e il patto *de jure jurando extrajudiciali*, appartengono del pari ai patti pretorii.

(3) §. 8, 9, J. IV, 6. - Dig. XIII, 5. - Cod. IV, 18. - Glück, *Comm.* part. 13, §. 849, e seg.

(4) Fr. 5, §. 2, D. ibid. - Cost. 1, C. IV, 18.

(5) Paolo, *Sent. rec.* II, 2. - §. 8, J. IV, 6.

(6) Paolo, V, 6. - Dig. XLIII, 26. - Cod. VIII, 9. - Donello, *Comm.* XIV, 34. - A. C. Stockmann, *Diss. de precario.* Lips. 1774. - J. G. Vogel, *Diss. de precario.* Gœtt. 1786. - J. G. Bickell, *Diss. de precario.* Marb. 1820. - Le opinioni degli autori sulla natura del patto, del precario, sono molto discordi. Vi ha chi lo riguarda come un contratto innominato, a causa dell' azione *præscriptis verbis* che produce. Donello, *Comm.* XIV, 34. - Thibaut, *Pandectes*, §. 898. Altri divisano che sia un quasi contratto a causa del fr. 1, §. 3, D. XLIII, 26 e fr. 23, D. L, 17. - Cujacio *Ad. fr.* 23, *cit.*, e Savigny, *Trattato del possesso*, pag. 509, credono che non sia un contratto.

(7) Fr. 1, pr.; fr. 2, §. 3; fr. 3; fr. 6, §. 4, D. XLIII, 26.

(8) Fr. 8, §. 3, D. XLIII, 26. - Lœhr, *Teoria della colpa*, p. 192. - Hasse, *Della colpa*, p. 499.

(9) Fr. 4, §. 1, D. XLIII, 26. - fr. 33, §. 6, D. XLI, 3. - fr. 10, pr.; §. 1, D. XLI, 2. - Savigny, *loc. cit.* §. 25, pag. 205.

(10) Fr. 12, pr. D. XLIII, 26.

(11) Fr. 1, pr.; fr. 2, §. 2, ibid.

tempo, non fu richiesta la cosa; ma viene a cessar sempre per la morte di colui che riceve la cosa, se non è espressamente prolungato (1).

§. 451. *Del* receptum, *effetti del viaggiatore* (2).

L'albergatore o il barcajuolo, che riceve nella sua barca gli effetti appartenenti a un viaggiatore, ò che gli fa ricevere da persone al suo servizio, contrae, secondo l'editto del pretore, la strotta obbligazione di rispondere di tutti i danni che quegli effetti potrebbero risentire, nell' albergo o nella barca; non esiste distinzione fra il danno proveniente da lui, o dalle persone al suo servizio, o dai terzi; egli risponde del furto, ma non del danno avvenuto per caso fortuito inevitabile, o per intrinseca deteriorazione della cosa. L'azione che ne deriva, dicesi *actio in factum de recepto* (3). Al presente, quest' azione ha luogo egualmente, per analogia, contro i vetturini, per le cose che si sono incaricati di trasportare (4).

TITOLO TERZO

Delle Transazioni.

§. 452. A. *Della transazione* (5).

La *transazione*, nel senso il più lato è ogni sorta d'accomodamento fra due o più persone sopra un diritto fra lor litigioso, o per lo meno incerto, tendente a far cessare l'incertezza e il litigio (6).

La *transazione* in senso stretto (*transactio*), è una convenzione per cui due o più persone fissano un diritto fra lor litigioso, o dubbio per lo meno ed incerto (7), di guisa che ciascuna di esse rinunzia in favore dell'altra a una parte delle sue pretese (8).

1. Quanto agli effetti della transazione, bisogna esaminare, secondo il diritto romano, se vi era intervenuta o no la stipulazione. Nel primo caso era essa pienamente obbligatoria, e l'azione *ex stipulatu* ne garantiva la

---

(1) Fr. 4, §. 4; fr. 12, §. 1, D. ibid.

(2) Dig. IV, 9. - Glück, *Comm.* part. 6., §. 485. - Il *receptum arbitrii* fa parte dei patti pretorii.

(3) Fr. 3, §. 1, 5, D. ibid. - F. G. Adler, *De usu actionis de recepto quoad mores hodiernos.* Lips. 1775. - Sulla questione, se gli Albergatori siano obbligati a ricevere i viaggiatori, si confronti il fr. 1, §. 1, D. ibid. col fr. un. §. ult. D. XLVII. 5, e T. Kæmmerer, *Observ. jur. civilis.* Kostochii, 1827, cap. 2.

(4) A causa del fr. 25, §. 7, D. XIX, 2. - Cpr. fr. 14, §. 17, D. XLVII, 2. - F. Mackeldey, *Diss. quatenus actio de recepto contra aurigas et curatores mercium seu speditores competat.* Helmst. 1806.

(5) Cod. Theod. II, 9. - Dig. II, 15. - Cod. II, 4. Donello, *Comm. ad tit. Cod. de transactionibus.* Vinnio, *Tractat. de transactionibus*, nelle sue *Partition. jur. civ.* Roterd 1674, pag. 993. - De Lutzenberger, *Diss. exhibens transactionis notionem, eamque ineundi modos ex jur. rom. princ.* Tubing. 1795. - G. B. Redlich, *Comm. de transactionibus.* Lips. 1824. - H. J. J. Colins, *Diss. de transactionibus.* Gandavi, 1822. T. J. de Reysinger, *De transactionibus ex jure romano.* Lovan. 1824.

(6) La transazione, in questo senso, comprende egualmente il *compromesso* e il *patto del giuramento stragiudiciale.*

(7) Ogni transazione suppone qualche cosa d'incerto e di dubbioso; fr. 1, D. II, 15. - È per questa ragione che dopo la sentenza *(post rem judicatam)*, non si può più transigere sulla cosa giudicata, fr. 23, §. 1, D. XII, 6. - Cost. 32, C. II. 4. - fr. 207, D. L, 17.

(8) Fr. 1, D. II, 15. - Cost. 38, C. II, 4. - Cost. 3, C. VI, 31.

esecuzione; la clausula penale stipulata nel caso in cui una delle parti contravvenisse alla convenzione, poteva del pari perseguitarsi per l'azione *ex stipulatu*; nel secondo caso, colui che aveva eseguita la convenzione e trasmutata in un contratto innominato (§. 408), poteva intentare azione contro l'altro per forzarlo a eseguirla egualmente (1), coll'azione *præscriptis verbis*. Se non era avvenuta al contrario nè stipulazione, nè esecuzione della convenzione da lato di una delle parti, la transazione, come semplice patto, non produceva azione, ma un'eccezione soltanto (2).

2. L'errore, in una transazione, si riconnette o al punto litigioso o dubbio, o al punto non litigioso nè dubbio agli occhi dei transigenti. Nel primo caso, l'errore non spiega influenza chè valga; nel secondo annulla la transazione (3).

3. Le parti transingenti debbono del pari garantire la evizione di ciò che una dà all'altra, a meno che una delle parti dall'altra soddisfatta, non le abbia ceduto dei diritti litigiosi sulla cosa, la quale in progresso sia stata evitta da un terzo; essa deve, in tal caso ricorrere al suo autore (4).

§. 453. B. *Del compromesso.*

Il *compromesso* è una convenzione per cui due o più persone si obbligano reciprocamente a sottoporre la decisione del lor litigio a un terzo, che si dice *arbitro (arbiter)* (5). L'effetto del compromesso è quello di obbligare le due parti a conformarsi alla decisione (*arbitrium* o *laudum*). Ma, in generale il diritto romano esigeva di più che le parti si garantissero, per una stipulazione penale (*stipulatio pœnæ* o *compromissa pecunia*), la esecuzione della decisione arbitrale, e l'azione *ex stipulatu*, serviva a far condannare al pagamento della pena la parte che rifiutava di eseguire il giudicato dell'arbitro (6). Ma Giustiniano accordò in casi determinati un'azione *in factum* per un patto convenuto senza stipulazione penale (7). Il compromesso comprende il *receptum arbitrii*, o la convenzione delle parti litiganti coll'arbitro, per la quale egli promette di esaminare e decidere la lite (*recepit arbitrium*). Il giudice può forzarlo a eseguire la promessa, con minaccia ancora di multa (8).

§. 454. B. *Del patto del giuramento stragiudiciale.*

Il *patto del giuramento stragiudiciale* (*pactum de jurejurando extrajudiciali*) consiste nella promessa fatta da due persone, di far dipendere la decisione del lor litigio da un giuramento stragiudiciale deferito a una di esse (9). Se colui che lo presta, afferma per esso la sua pretesa, può perse-

---

(1) Fr. 16, D. II, 15. - Cost. 6, 17, 20, 33, 37, 38, C. II, 4.

(2) Cost. 21, C. II, 3; Cost. 9, 24, 28, C. II, 4.

(3) Cost. 10, 42, C. II, 4. - Gli stessi principj servono a risolvere la questione: se e fino a qual punto la lezione maggiore della metà spieghi influenza sulla transazione.

(4) Cost. 33, C. II, 4.

(5) Dig. IV, 8. - Codice II, 56. - J. G. Wippermann, *Diss. de promissi recepti atque laudi qualitatibus et effectibus*. Rint. 1797. - Glück, *Comm.* parte 6, §. 475. - Jaspis, *Diss. de arbitris*. Lips. 1821.

(6) Fr. 2; fr. 11, §. 1-4; fr. 13, §. 1; fr. 38, D. IV, 8.

(7) Cost. 1-5, C. II, 56. - Nov. 82, c. 11.

(8) Fr. 3, §. 1, 2; fr. 9, §. 3, 4, 5; fr. 10; fr. 11, pr., §. 1; fr. 15; fr. 32, §. 12, D. IV, 8.

(9) Paolo, *Sent. rec.* II, 1. - §. 11, J. IV, 6. - Dig. XII, 2. - Codice, IV, 1. - Donello, *Ad tit. Dig. de jure jurando*, cap. 3, 9. - M. Zick, *Utrum jus jurandum apud Romanos pro specie transactionis habita sit?* Altdorf. 1804. - Glück, *Comm.* part. 12, §. 796. - H. G. Goecke, *Disp. de jurejurando delato et præcipue de vi ejus*. Berol. 1826, p. 8-21.

guitarla col mezzo dell'azione proveniente dal diritto pretorio, senza che gli sia ulteriormente necessario di provare il suo diritto (1). Se al contrario giura ond'esser liberato da una pretesa reclamata dall'avversario, egli può opporre all'azione di lui, l'eccezione *jurisjurandi* (2). La dispensa dal giuramento ha l' istesso effetto che la sua prestazione (3), e il rifiuto a prestarlo annulla la convenzione (4).

TITOLO QUARTO

Convenzione di garanzia.

§. 455. *Nozioni e Specie.*

Le convenzioni di garanzia sono generalmente quelle che mirano a prestare al creditore sicurezza per il pagamento del suo credito. Tale è la convenzione che stabilisce una clausula penale (§. 177), la prestazione dell'arre (§. 178), il contratto di pegno (§. 406) e il patto d'ipoteca (*pactum hypothecæ*) (§. 406); finalmente ogni specie d'intercessione di cui ci andremo solo occupando.

§. 456. *Dell' intercessione.*
A. *Nozione e specie.*

L'intercessione ha luogo, in generale, allorchè qualcuno, senza esser per diritto obbligato, prende sopra di sè l'altrui debito, già esistente o futuro, o promette di risponderne almeno. L' intercessione si fa in due modi:

A. O il debitore attuale è liberato dal suo debito; in tal caso essa prende nome di *expromissio* (§. 497), esige il consenso del creditore (5), ma non già quello del debitore (6).

B. O il debitore resta obbligato e l'intecedente coobbligato; in tal caso, l'intercedente promette di rispondere come il vero debitore, e come se egli medesimo fosse il debitore; egli s'obbliga solidalmente con lui (§. 330) (7). Egli può ancora intercedere, promettendo solo di venire in sussidio del debitore (*in subsidium*). Tale è il mandato qualificato, allorchè s' incarica qualcuno d'accordar credito a un terzo (8) (§. 391), o allorquando si costituisce un pegno pel debitore (9) (§. 307), o allorquando per lui si riporta cauzione. In quest'ultimo caso, il diritto romano esaminava se la cauzione era stata data per stipulazione o per patto; l'una produceva la *fidejussione* (*fidejussio*); l' altro il *costituto del debito altrui* (*constitutum debiti alieni*) (429).

§. 457. B. *Della fidejussione.*
I. *Nozione.*

La fidejussione (*fidejussio*) è, per diritto romano, una promessa fatta per mezzo di stipulazione, di pagare il debito d' un altro, nel caso in cui questi non potesse soddisfare il cre-

(1) §. 11, J. IV, 6. - Cpr. fr. 5; fr. 9, §. 1; fr. 11, §. 3; fr. 13, §. 2, 5; fr. 28, §. 10, D. XII, 2.

(2) §. 4, J. IV, 13. - fr. 9, §. 1, D. XII, 2.

(3) Fr. 6; fr. 9, §. 1, D. ibid.

(4) Fr. 5, §. 4, D. ibid.

(5) Fr. 8, §. 5, D. XLVI, 2. - Cost. 25, C. II, 3.

(6) Fr. 8, §. 5, citato: « liberat autem me is qui, quod debet promittit, *etiam sinolim* ». - Arg. pr. J. III, 29 (30). Se ha luogo di consenso e sulla domanda del debitore, prende nome di *delegation*; fr. 11, pr. D. ibid.

(7) Fr. 17, §. 2; fr. 18, D. XVI, 1.

(8) Fr. 12, §. 14; fr. 32, D. XVII, 1. - fr. 13, D. XLVI, 1.

(9) Cost. 5, 7, C. IV, 29.

ditore all'epoca fissata (1). Essa può aver luogo in ogni specie di debiti (2), tranne quelli che il diritto civile riguarda come radicalmente nulli (3). Ma suo fine essendo quello di dare una garanzia al creditore, il fidejussore può obbligarsi più strettamente che il debitore principale; ma egli non potrebbe obbligarsi ad altra cosa, nè in modo più esteso, o sotto condizioni più onerose (4).

§. 458. 2. *Effetto della fidejussione.*

L'effetto della fidejussione è doppio: essa crea un rapporto, tra il fidejussore e il creditore, ed un rapporto tra il fidejussore e il debitore.

A. Quanto al rapporto tra il fidejussore e il creditore.

Il fidejussore e suo erede, son tenuti a pagare, se il debitore principale non sodisfa al suo debito (5); il fidejussore che si è obbligato puramente e semplicemente (*in omnem causam*) è non solo tenuto pel debito principale, ma di tutti gli accessori ancora, come gl'interessi convenzionali e legali, la clausula penale, e le spese del processo (6); in ogni altro caso egli non è in obbligo di pagare che ciò che ha promesso e gli interessi convenzionali da principio stipulati (7).

2. Quindi in stretto diritto, il creditore ha la scelta di perseguitar subito il debitore, o immediatamente il fidejussore (8); nullameno il diritto nuovo accorda al fidejussore il benefizio d'ordine o d'escussione (*beneficium ordinis s. excussionis*), in forza della quale egli può esigere che il creditore perseguiti da prima il debitor principale (9).

3. Quando vi sono più mallevadori, sono essi solidalmente obbligati, ma pel nuovo diritto profittano del benefizio di divisione (*beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani*), il quale autorizza il fidejussore perseguitato pel pagamento dell'intero credito, ad esigere di non venir condannato che

---

(1) Gajo, III, 115, seg. - Ist. III, 20 (21). - Dig. XLVI, 1. - Cod. VII, 41. - Donello, *Comm. ad tit. Cod. de fidejussoribus*. In oper. t. IX, p. 1307. A. Hering, *De fidejussoribus*. Ed. noviss. Francof. 1647. - A. G. De Schroeter, *De sponsoribus fidepromissoribus et fidejussoribus*. Jenæ, 1822. - I. B. Quinet, *De fidejussoribus sec. jus rom.* Lovanii, 1825. - J. V. Westrik, *Disp. ad locum Gaji Institutionum de sponsoribus, fidepromissoribus et fidejussoribus*. L. B. 1826.

(2) §. 1, J. III, 20 (21). - fr. 1; fr. 2; fr. 8, §. 1, 2; fr. 16, §. 3; fr. 37, D. XLVI, 1. - Ma la restituzione della dote non può esser garantita da'fidejussori. Cost. 1, 2, C. V, 20.

(3) Fr. 46; fr. 16, pr.; fr. 32, D. XLVI, 1. - Quanto alla fidejussione d'una obbligazione naturale, v. fr. 9, §. 3; fr. 7, pr. D. XIV, 6. - fr. 7, §. 1, D. XIV, 1. - fr. 25, D. XLVI, 1. - fr. 95, §. 3, D. XLVI, 3. - fr. 13, pr. D. IV, 4.

(4) §. 5, J. III, 20 (21). - fr. 1, §. 8, D. XLIV, 7. - Se il fidejussore aveva promesso altra cosa o più di quello che il debitore principale doveva, egli non è obbligato a nulla. - fr. 8, §. 7; fr. 42, D. XLVI, 1. - F. C. Conradi, *De fidejussore in majorem summam, quam quæ debetur, adhibito*. Helmst. 1734

(5) §. 2, J. III, 20 (21). - fr. 4, §. 1, D. XLVI, 1. - Se il fidejussore prova che il creditore non è stato pagato per colpa sua propria, egli è liberato dalla fidejussione; fr. 41, pr. D. XLVI, 1. - fr. 95, § 11, D. XLVI, 3. - C. E. Thibaut, *De fidejussore creditoris in exigendo negligentia liberato*. Heidelb. 1829.

(6) Fr. 54, pr. D. XIX, 2. - fr. 4, §. 1; fr. 56, §. 2, D. XLVI, 1. - fr. 32, pr. D. XXVI, 7. - fr. 88, D. XLV, 1. - fr. 24, §. 1, D. XXII, 1.

(7) Fr. 68, §. 1, D. XLVI, 1. - Cost. 4, C. IV, 32.

(8) Cost. 5, C. VIII, 41. - Se il fidejussore non ha prestato cauzione se non per quanto il creditore non potrebbe ottenere dal debitore, questi deve necessariamente venire azionato per primo. - fr. 116, D. XLV, 1 - Cost. 1, C. X, 2. - Chr. Thomasius, *Diss. de fidejussore indemnitatis*. Halæ, 1703.

(9) Cost. 5, C. VIII, 41. - Nov. 4, c. 1. - C. A. Schaar, *Diss. de fidejussore, qui ut debitorem principalem se obligavit, beneficio ordinis gaudente*. Mogunt. 1786.

per la sua parte e porzione (1). Ma il primo di questi due benefizj non può essere opposto allorchè il debitor principale è insolvibile; il secondo non può esserlo se non quando tutte le altre cauzioni siano solvibili, facili a perseguitarsi allorchè la cauzione non vi ha espressamente rinunziato.

4. L'azione che il creditore ha contro il fidejussore era, presso i Romani, l'azione *ex stipulatu*.

B. Di fronte al debitor principale, il fidejussore ha il diritto, quando ha pagato per lui, d'essere esonerato e libero da qualunque danno; la legge gli accorda, allorchè il pagamento ha avuto luogo agli ordini del debitore, l'azione contraria del mandato, negli altri casi, l'azione contraria *negotiorum gestorum*, o *ex jure cesso* del creditore (2); a tal uopo egli profitta del *beneficium cedendarum actionum*, in forza del quale la legge lo autorizza ad esigere, prima il pagamento, e il creditore gli cede il suo diritto contro il debitor principale, con tutti i diritti di pegno e d'ipoteca (3). Tutti questi diritti competono egualmente al fidejussore che ha pagato pel suo confidejussore.

§. 459. 3. *Fidejussione di fidejussione.*

Noi dobbiamo qui parlare della fidejussione di fidejussione (*fidejussio fidejussionis*) che è di due specie. Talvolta infatti, essa ha luogo per dare al creditore maggior garanzia; in tal caso, una seconda persona risponde del fidejussore (retrocauzione) (4); talvolta ancora ha luogo per sicurezza del fidejussore stesso; una seconda persona promette, in caso tale, di rimborsare il fidejussore che è stato obbligato a pagare pel debitore principale (5).

§. 460. C. *Del costituto del debito altrui* (6).

Comecchè la fidejussione è cauzione per diritto civile, così il costituto del debito altrui è la cauzione per diritto pretorio, col mezzo di un semplice patto, per cui qualcuno promette di pagare l'altrui debito già esistente. Il costituto è un patto pretorio e differisce dalla fidejussione, primo perchè non richiede stipulazione alcuna (7), secondo, perchè non è così stretto come la fidejussione. Così il costituente può obbligarsi ad altra cosa (8); a pagar più presto; ma non di più (9), a pagare in altro luogo (10) e ad altro creditore (11). Per ogni rimanente il costituto produce gli effetti stessi della fidejussione, e la legge concede i medesimi diritti al costituente e al fidejussore (12). L'azione derivante dal costituto dicesi *constitutæ pecuniæ*.

§. 461. D. *Dell'intercessione delle donne* (13).

Chiunque può obbligarsi ed ha la

---

(1) Gajo, III, 121, 122. - §. 4, J. III, 20 (21). - Cost. 3, C. VIII, 41. - Nov. 99. G. Asverus, *Spec. ad nov.* 99. Genæ, 1822.

(2) §. 6, J. III, 20 (21). - fr. 4, pr. D. XLVI, 1. - fr. 43, D. III, 5.

(3) Fr. 36, 39, D. XLVI, 1. - Cost. 2, 11, C. VIII, 41. - N. D. Burman, *De fidejussoribus eorumque privilegiis.* Traj. ad Rhen. 1804.

(4) Fr. 8, §. 12; fr. 27, §. 1, D. XLVI, 1. - C. A. Gründler, *Comm. de fidejussore fidejussoris.* Halæ, 1794.

(5) Fr. 4, pr. D. ibid.

(6) §. 8, 9, J. IV, 6. - Dig. XIII, 5. - Cod. IV, 18. - Donello, *Comm. ad tit. Cod. de constituta pecunia.* In Oper. t. VII, p. 975. - I. C. Kock, *De constituto debiti alieni ejusque a fidejussione discrimine.* Kil. 1777. - Glück, *Comm.* part. 13, §. 849, e seg.

(7) §. 9, J. IV, 6.

(8) Fr. 1, §. 5, D. XIII, 5.

(9) Fr. 4; fr. 11, §. 1; fr. 12, 13, 19, D. ibid.

(10) Fr. 5, D. ibid.

(11) Fr. 5, §. 2, D. ibid.

(12) Nov. 4, c. 1. - Nov. 136, præf. - Cost. 3, C. IV, 18. - Teofilo, sulla Ist. IV, 6, §. 8, 9.

(13) Paolo, II, 11. - Dig. XVI, 1. -

libera disposizione dei proprj beni, può generalmente intercedere. Nullameno questa regola soffre eccezione, specialmente riguardo alle donne.

A. Il Senatusconsulto Vellejano (*Sctum Vellejanum*) emanato sotto Claudio, dichiara:

1. Che qualunque intercessione d'una donna, poco importa in che essa consista, sia nulla; la donna che nullameno ha interceduto, che le è stata inlata azione contro in forza dell'intercessione, ha non solo il diritto d'opporre l'eccezione *Scti Vellejani* all'azione del creditore (1), ma ancora, ove abbia pagato per error di diritto, di ripetere per la *condictio indebiti* (2) ciò ch'ella ha pagato. Allorchè la donna che ha interceduto respinge l'azione del creditore per l'eccezione del senatusconsulto vellejano, il creditore riprende la sua azione contro il debitore originario (*actio restitutoria s. rescissoria*) (3), se l'intercessione era una *expromissio* il cui effetto è di estinguere il debito esistente d'un terzo (436); ma quando la femmina ha interceduto per liberare un terzo da un debito futuro, il creditore ottiene contro questi l'azione prodotta dalla intercessione della donna (*actio institutoria*) (4). Infine, quando una donna ha interceduto per un terzo, congiuntamente ad un uomo, questi solo è tenuto per l'intero; nullameno allorchè l'uno e l'altro non si sono obbligati che ciascuno per la sua parte e porzione, l'uomo non è tenuto che per la sua parte, mentre il creditore ha contro il debitore per parte della donna, l'azione *restitutoria* o *institutoria* (5).

2. Ma, innanzi Giustiniano, la donna non poteva, in certi casi eccezionali, prevalersi del Senatusconsulto Vellejano. A questi casi appartenevano quelli in cui essa era rindennizzata dall'intercessione (6), o in cui mirava a fraudare i creditori (7), o in cui il creditore per cui intercedeva era minore (8), e in cui invitava il creditore a intentare la sua azione e prometteva quindi di non valersi del benefizio del Senatusconsulto (9).

B. A queste eccezioni Giustiniano altre ne aggiunse:

1. Quando la donna maggiore al momento dell'intercessione, rinnovava dopo due anni la sua promessa (10).

2. Egli ordinò in seguito che la intercessione della donna fosse nulla di pieno diritto, ove non fosse stata ricevuta in un atto pubblico e firmata da tre testimonj; la donna non aveva dunque bisogno, in tal caso, d'invocare il Senatusconsulto, a menochè il creditore non provasse che la donna era stata indennizzata per avere interceduto (11), o che aveva inter-

---

Codice, IV, 29. - Nov. 134, c. 8. - Donello, *Comm. jur. civ.* XII, 29, 32. - I. A. Hellfeld, *De intercessione mulierum et Scto Vellejano.* Jenæ, 1739. - Glück, *Comm.* part. 14, e 15, §. 920-927. - H. D. Suse, *Diss. de jure singulari feminæ intercedentis.* Gœtt., 1803. - C. G. Biener, *De fidejussione mulierum quæstiones.* Lips. 1808.

(1) Fr. 2, §. 1, D. XVI, 1. - Cost. 1. 3, 16, C. IV, 29.

(2) Fr. 8, §. 3, D. ibid. Cost. 9, C. ibid. - Se essa ha costituito un pegno o un'ipoteca per un debito altrui, può del pari chiederne la restituzione; fr. 32, §. 1. D. ibid.

(3) Fr. 1, §. 2; fr. 8, §. 9-13; fr. 14; fr. 16, §. 1, in fine; fr. 20; fr. 32, §. 5, D. ibid. - Cost. 16, C. ibid.

(4) Fr. 8, §. 14, D. ibid.

(5) Fr. 48, D. XLVI, 1. - Cost. 8, C. IV, 29.

(6) Fr. 16, pr.; fr. 21, pr.; fr. 22, D. XVI, 1. - Cost. 2, Cod. ibid.

(7) Fr. 2, §. 3; fr. 11; fr. 27, pr.; fr. 30; pr. D. ibid. - Cost. 18, C. ibid.

(8) Fr. 12, D. IV, 4.

(9) Fr. 32, §. 4, D. XVI, 1.

(10) Cost. 22, C. IV, 29.

(11) Cost. 23, C. ibid. - Le opinioni sono molto divise sul vero senso ed estensione di questa costituzione. - Cpr. Thibaut, *Syst.*, §. 948 e Hœpfner, *Comm.* §. 838, nota 3.

ceduto per rendere la libertà a uno schiavo, o per costituire una dote (1).

3. Infine, Giustiniano ordinò, colla Novella 134, ca. 8, da cui fu tratta l'autentica *Si qua mulier*, C. IV, 29, che l'intercessione della donna maritata, in favore del marito, fosse puramente e semplicemente nulla, comunque per più volte rinnovata e redatta per atto pubblico; egli pose a questa regola una sola eccezione; quando cioè la donna si fosse arricchita per l'intercessione (2).

4. Il diritto romano riguardava di niun effetto la renunzia al Senatusconsulto Vellejano fatta al momento dell'intercessione (3), e Giustiniano non la dichiarò ammissibile nè necessaria, che nel solo caso in cui la madre o l'ava volessero accettare la tutela dei loro figli o nipoti (4).

TITOLO QUINTO

Delle Convenzioni proibite.

§. 462. A. *Nozione e specie delle convenzioni proibite in generale.*

Il diritto romano proibisce assolutamente e dichiara senza effetto diverse convenzioni obbligatorie e valevoli secondo i principj generali; non solo queste convenzioni non producono alcuna eccezione, ma si può anco ripetere per la *condictio indebiti* ciò che è stato di già pagato.

Noi ne abbiamo già indicate molte, per esempio, le convenzioni stipulate con interessi usurarj o posanti sopra un'usura simulata; il patto commissorio che accompagna il pegno d'una cosa, e l'intercessione delle donne; dovremo parlare d'altre convenzioni proibite, per esempio, delle convenzioni dotali proibite; noi ci occuperemo adesso delle convenzioni aleatorie.

§. 463. B. *Delle convenzioni aleatorie in particolare.*

Le *convenzioni aleatorie (pacta quæ aleam continent)*, sono, in generale, quelle che fanno dipendere il lucro e la perdita dei contraenti più o meno dal caso fortuito. Fra queste convenzioni, ve ne sono delle permesse, come, l'*emtio spei et rei speratæ*, il *fœnus nauticum;* l'altre sono parte permesse, parte proibite. Queste sono:

1. Il *giuoco* (*lusus*) (5). In generale, non s'intende con ciò, un atto per cui l'evento incerto d'un fatto determinato o d'una condizione decide quale fra più persone guadagnerà; questo fatto o condizione deve dipendere dall'azzardo o dal fine dei giuocatori, e sia pure di tutti e due in una volta. La *convenzione del giuoco* consiste nella condizione che deve decidere del guadagno. Presso i Romani, i soli giuochi ginnastici erano permessi, quando la posta era

(1) Cost. 24, 25, C. ibid.

(2) Nov. 134, c. 8. - Auth. *Si qua mulier*, C. ibid.

(3) Ma la donna che aveva acceduto poteva, quando il creditore intentava la sua azione, rinunziare all'eccezione del Senatusconsulto Vellejano; fr. 32, §. 4, D. XVI, 1.

(4) Nov. 118, cap. 5.

(5) Dig. XI, 5. - Cod. III, 43 (non gloss.) - P. Pantoja de Aiala; *Comm. ad tit.* D. et C. *de aleatoribus*; in Ottonis *Thes.* t. IV, pag. 905. - Glück, *Comm.* t. XI, p. 757 e seg. - J. J. Lind, *Ad tit. Dig. de aleatoribus.* L. B. 1816. - Cock, *Responsio ad quæstionem: Quid alea, quid aleator sit?* Traj. ad Rhen. 1819.

moderata (1); tutti gli altri erano talmente proibiti, che non solo non producevano azione alcuna, ma davano luogo a ripetere pel corso di 50 anni, per la *condictio indebiti* ciò che era stato pagato (2).

2. La *scommessa (sponsio)*. La scommessa è una convenzione per cui una delle parti promette di dare o prestare all'altra qualche cosa, se il fatto che essa pretende esistere in presente o in futuro, in tale o tal altro modo, non è conforme alla verità. La scommessa che ha luogo nei giuochi è permessa e proibita in quanto i giuochi stessi lo sono (3); è del pari proibita allorchè l'oggetto cui mira, è contrario ai buoni costumi (4). Il dolo e la simulazione annulla la scommessa autorizzata; per esempio, allorchè una delle parti conosce l'evento dell'affare e lo nasconde all'altra per impegnarla a scommettere.

CAPITOLO PRIMO

Obbligazioni nascenti dal delitto (5).

§. 464. I. *Nozione del delitto.*

Il *delitto (delictum)* è un fatto volontario dell'uomo che contravviene a una legge penale. Il delitto trae seco come conseguenza generale l'obbligo di riparare il danno cagionato, e di subir la pena dalla legge comminata (6). Allorchè più persone hanno insieme commesso un delitto, sono solidalmente responsabili dei danni cagionati, senza potere invocare il benefizio della divisione, e senza poter ricorrere contro i correi del delitto (7). La pena al contrario, è tutta personale (8).

§. 465. II. *Divisione dei delitti.*

I delitti, per diritto romano, si dividono in *pubblici* e *privati (publica et privata)*, secondochè vanno soggetti a pena pubblica o privata. La pena pubblica è quella che lo Stato è in diritto d'infliggere; la privata è quella che la persona lesa può perseguitare. La privata consiste ordinariamente, per diritto romano, nel dovere il delinquente restituire il duplo, il triplo, o il quadruplo dei danni cagionati (*duplum, triplum, quadruplum*) (9). La teoria dei diritti e delle pene pubbliche appartiene al diritto criminale; quella dei delitti privati, al diritto civile, in quanto essi producono una obbligazione in risarcimento di un danno cagionato, e in subiezione a una pena privata. Ma è da notare che l'azione di danni (*actio rei persecutoria*) trapassa agli eredi del danneggiato, e può esser diretta contro gli eredi del delinquente; men-

(1) Fr. 2, §. 1, D. XI, 5. - Cost. 3, C. III, 43.
(2) Cost. 3, C. cit.
(3) Fr. 3, D. XI, 5.
(4) Fr. 17, §. 5, D. XIX, 5.
(5) Gajo III, 182 seg. - Ist. IV, 1. - Dig. XLVII, 1. - Donello, *Comm. jur. civ.* lib. XV, c. 23-30.
(6) G. A. Kleinschrod, *Doctrina de reparatione damni delicto dati ex natura rei, jureque privato deducta.* Wirceb. 1798.
(7) Fr. 14, §. 15, D. IV, 2. - Cost. 1, C. IV, 8.
(8) Fr. 11, §. 2, D. IX, 2. - fr. 55, §. 1, D. XXVI, 7. - fr. 34, D. XLVII, 10.
(9) §. 18, 19, 21-25, J. IV, 6.

tre l'azione penale (*actio pœnalis*) per quanto si trasmetta per regola generale, tranne l'azione per ingiurie (1), agli eredi del danneggiato, non può intentarsi però contro gli eredi del delinquente (2), a menochè non siano stati locupletati dal defunto (3), o che l'azione non sia stata intentata contro lui vivente (4). Il diritto romano, designa quattro delitti privati: il furto, la rapina, il danno dato con ingiuria, e l'ingiuria (5).

§. 466. III. *Dei delitti privati in particolare.* A. *Del furto.* I. *Nozione e specie.*

Il *furto* (*furtum*), nel senso del diritto romano (6), è ogni fraudolenta sottrazione delle cose mobili (7), con intenzione di trarne profitto (*lucri animo*) (8). Quando il ladro è arrestato e colto in fatto prima ch'egli abbia la cosa in suo potere, il furto prende nome di *furto manifesto* (*furtum manifestum*); in ogni altro caso, il furto è non manifesto (*furtum non manifestum*) (9). Relativamente al suo oggetto, il furto si divide in *furtum rei ipsius*, in *furtum usus*, e in *furtum possessionis*.

1. Il *furtum rei ipsius*, che si commette per la sottrazione fraudolenta d'una cosa mobile, è di due specie: si può infatti rubare la cosa altrui (*furtum alienæ rei*), come la propria (*furtum suæ rei*), allorchè il proprietario sottrae la cosa propria a colui che ha diritto di possederla (10).

2. Il furto d'uso (*furtum usus*) consiste nell'uso illegale d'una cosa mobile che si possiede, per esempio, a titolo di creditore pignoratario, di commodatario o di depositario (11) il furto d'uso può del pari commettersi sulla propria cosa; per esempio quando il proprietario chiede la sua cosa a quegli cui l'ha oppignorata, e la impresta a un terzo senza autorità del creditore pignoratario (12).

7. Il furto del possesso (*furtum possessionis*) si commette quando chi possiede una cosa mobile, non come proprietario, ma come creditore o commodatario, trasmuta per atto esterno per esempio, per denegazione o sottrazione della cosa il suo possesso, in possesso a titolo di proprietario. Il furto del possesso non può cadere che sulle cose altrui (13).

---

(1) Gajo IV, 112. - §. 1, J. IV, 12.

(2) Gajo, *loc. cit.* - fr. 111, §. 1, D. L, 17. - fr. 1, pr. D. XLVII, 1.

(3) Fr. 38, 127, D. L, 17. - Cost. un. C. IV, 17.

(4) Fr. 33, D. XLIV, 7. - fr. 164, D. L, 17.

(5) Oggi, il delitto non dà luogo che a un' azione in riparazione di danni, e le *actiones pœnales* dei Romani, tendenti a una pena privata, son disparse dalla nostra legislazione, essendo soggetto al presente ogni delitto a pubblica pena.

(6) Gajo, III, 138-208. - Paolo, II, 31. - Ist. IV, 1. - Dig. XLVII, 2. - Codice VI, 2. - Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 29. - Unterholzner, *Della prescrizione*, p. 120-130. - Hasse, *Della colpa*, §. 81-91. - Ch. Dan. Erhard. *Diss. de furti notione per leges constituta accuratius definienda.* Lips. 1806. - G. G. A. van Imhoff, *De furtis ad Leg. XII* Tab. Grœning. 1824. - H. Luden, *De furti notione sec. jus rom.* Jenæ, 1831.

(7) Non vi è furto sulla cosa immobile. Gajo, II, 51. - §. 7, J. II, 6. - fr. 25, pr. D. XLVII, 2. - fr. 38, D. XLI, 3.

(8) §. 1, J. IV, 1. - fr. 1, §. 2, 3, D. XLVII, 2. - Cpr. fr. 52, §. 16, ibid. - fr. 22, §. 7, D. XVII, 1. - Cost. 7, C. VI, 2. - L' animo di trar profitto da una cosa (*animus lucri faciendi*) è essenzialmente necessario; fr. 39, D. XLVII. 2

(9) §. 3, J. IV, 1. - fr. 2; fr. 8; fr. 21, pr.; fr. 35, D. XLVII, 2.

(10) Gajo, III, 200. - §. 10, J. IV, 1. - fr. 15, §. 1, 2; fr. 19, §. 5, 6; fr. 20, §. 1; fr. 53, §. 4; fr. 59, D. XLVII, 2. - fr. 49, D. XLI, 3.

(11) §. 6, J. IV, 1. - fr. 40; fr. 54, pr.; fr. 76, pr., D. XLVII, 2. - fr. 16, D. XIII, 1.

(12) Fr. 54, §. 1, D. XLVII, 2.

(13) Teofilo, sul §. 1, J. IV, 1. - fr. 33; fr. 46, §. 6; fr. 52, §. 7; fr. 59; fr. 67, pr.; fr. 71, pr.; fr. 73, D. XLVII, 2. - La conosciutissima regola: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*,

§. 467. *Obbligazioni nascenti dal furto.*

Gli effetti legali del furto sono i seguenti (1):

1. Il ladro è obbligato a restituire la cosa rubata con tutto ciò che le attiene, e di pagare, nel caso in cui più essa non esista, il maggior prezzo che possa valere dopo la sottrazione (2).

2. È responsabile, senza restrizione, d'ogni danno, anche del caso fortuito, e comunque provi che la cosa sarebbe perita fra le mani di colui al quale l'ha sottratta (3). L'esecuzione di queste due obbligazioni può perseguitarsi dal proprietario della cosa rubata contro il ladro e suoi eredi, ma non contro l'occultatore e il complice (4), col mezzo della *condizione furtiva* (*condictio furtiva)* che è (*rei persecutoriæ*) (5).

3. In appresso, il diritto romano dava a chiunque aveva interesse che la cosa non fosse sottratta (6), il diritto d'esigere, come pena privata, il quadruplo del prezzo della cosa rubata, allorchè il furto era manifesto, e il doppio, allorchè non lo era; l'azione furti, la quale era un'azione penale, e serviva a perseguitare questo diritto, si accordava contro il ladro, ma non mai contro i suoi eredi (7). L'obbligo di rendere il doppio estendevasi anco al complice, e al ricettatore di mala fede, nell'un caso come nell'altro (8).

§. 468. 3. *Della* rerum amotio.

L'azione *furti* non ha luogo tra fidanzati o sposi (9), ma quando il furto è stato commesso prima del matrimonio, la legge accorda la condizione furtiva che si può intentare anco durante il matrimonio (10); allorchè, per lo contrario è stato commesso durante il matrimonio, prende il nome d'*amotio rerum* e produce l'azione *rerum amotarum* (11). Questa azione può intentarsi *direttamente*, se il furto è stato commesso in vista del divorzio (12); *utilmente*, se è stato commesso nella speranza della morte (13). In ambedue i casi, l'azione è diretta

---

sembra ricongiungersi al furto del possesso.

(1) È facile a comprendersi che il proprietario della cosa sottratta ha il diritto di rivendicarla da qualunque detentore, ancorchè possessore di buona fede, e ciò senza indennità; §. 19, J. IV, 1. - Cost. 2, C. VI, 2. Questo diritto non è conseguenza del furto, ma del diritto di proprietà, che per conseguente deve esser provato, mentre colui che aziona *ex furto* non ha che a provare la sottrazione fraudolenta.

(2) Fr. 8, pr., §. 1, 2, D. XIII, 1. - Cpr. fr. 67, §. 2, D. XLVII, 2. fr. 13. D. XIII, 1.

(3) Fr. 8, pr. §. 1, cit. - « Semper enim moram fur facere videtur » - fr. 8, §. 1; fr. 16; fr. 20, D. XIII, 1. - fr. 40, pr. D. V, 3. - fr. 50, pr. D. XLVII, 2. - Cost. 9, C. VI, 2. - Cost. 2, C. IV, 8.

(4) Fr. 5; fr. 7, §. 2; fr. 9; fr. 10; §. 1, D. XIII, 1. - §. 4, 11, 12, 14, 19, J. IV, 1. - fr. 6, D. XIII, 1.

(5) Dig. XIII, 1. - Codice IV, 8. - Glück, *Comm.* part. 13, §. 837. - A. O. Krug, *Selecta de condictione furtiva capita*. Lips. 1831. La condizione furtiva non appartiene che al proprietario della cosa; fr. 1, 11, D. XIII, 1. - fr. 14, §. 16 in fine, D. XLVII, 2. - fr. 12, §. 5, D. VII, 1. - Il creditore pignoratario a cui ordinariamente s'accorda, non ha che una *condictio incerti* e l'azione *furti*. V. fr. 12, §. 2, D. XIII, 1, e i passi citati alla nota seguente.

(6) §. 13-17, J. IV, 1. - fr. 10-12; fr. 14, §. 10, 16; fr. 46, §. 1, 4; fr. 71; fr. 85, D. XLVII, 2. - Cpr. Hasse, *Della colpa*, §. 81-91.

(7) §. 5, J. IV, 1. - §. 18, J. IV, 6. - fr. 50, pr. D. XLVII, 2.

(8) §. 4, in fine; §. 11, J. IV, 1. - fr. 6, D. XIII, 1. - fr. 34; fr. 50, §. 3; fr. 52; fr. 54, §. 4, D. XLVII, 2.

(9) Fr. 3, §. 2, D. XXV, 2.

(10) Fr. 3, §. 2, D. ibid.

(11) D. XXV, 2. - Codice, V, 21. - Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 29. - Glück, *Comm.* part. 27, §. 1284.

(12) Fr. 6, §. 3; fr. 17, pr., D. ibid.

(13) Fr. 21, pr., D. ibid.

alla restituzione della cosa e suoi accessorj o in riparazione del danno causato (1), e non può in generale essere intentata che dopo lo scioglimento del matrimonio (2).

§. 469. B. *Della rapina* 1. *Nozione.*

La *rapina* (*rapina*) (3), consiste nel rapire una cosa mobile altrui con violenza, col fine di cavarne profitto (4). Non può essa aver luogo che sulla cosa altrui, e suppone per parte del rapitore, la cognizione che la cosa ad altri apparteneva (5). Quindi non è a parlarsi di rapina, allorchè togliamo a viva forza a qualcuno una cosa che ne appartiene o crediamo che ne appartenga; diamo luogo in tal caso, a una *via di fatto (crimen vis)* soltanto (6). Le conseguenze e pene della rapina e vie di fatto, sono differentissime.

§. 470. 2. *Obbligazioni nascenti dalla rapina.*

La rapina impone al rapitore l'obbligo di restituire la cosa, e di rispondere di tutti i danni, anco del caso fortuito (7). Oltre la restituzione, il diritto romano accordava anco un'azione a colui che aveva sofferto la rapina, e a chiunque aveva interesse che la cosa non fosse stata rapita (8): il rapitore poteva di fatti venir perseguitato come ladro non manifesto, o coll'azione *furti*, e esser condannato al doppio, o coll'azione *vi bonorum raptorum*, ed esser condannato al quadruplo, che si componeva del triplo o della pena, o del simplo restante, che rappresentava la cosa rapita (9). Dopo un anno l'azione non poteva più intentarsi che per il simplo (10), e l'erede del rapitore non poteva mai esser perseguitato che per la condizione furtiva (11).

§. 471. 3. *Pene delle vie di fatto.*

Il rendersi giustizia da se stesso (12), quando non ha per fine il difendersi dagli attacchi violenti ed ingiusti degli altri, è non solo proibito, ma punibile. Il diritto romano contiene su tal materia le seguenti disposizioni:

1. Il creditore, che di sua propria autorità, si soddisfa del suo credito senza il soccorso del giudice, per quanto non abbia esercitata violenza personale verso il debitore, è obbligato non solo alla restituzione, ma perde del pari il suo credito, come in pena (13).

2. Colui che toglie a viva forza al possessore una cosa mobile o immobile, della quale si vanta proprietario, bisogna distinguere se è o no realmente tale. Nel primo caso egli perde, come in pena, la sua proprietà che passa nell'attual possessore: nel secondo caso, deve non solo restituir la cosa, ma pagar di più, come in pena, il prezzo della cosa, senza distinguere

(1) Fr. 1; fr. 3, §. 3; fr. 17, §. 2; fr. 21, §. ult. D. ibid. - Cost. 2, C. V, 21.

(2) Fr. 1: « quæ uxor *fuit* » - fr. 30, D. ibid. - La Cost. 22, §. 4, C. VI, 2, racchiude un' eccezione.

(3) Gajo, III, 209. - Ist. IV, 2. - Dig. XLVII, 8. - Cod. IX, 33, Cpr. Dig. XXIII, 16. - Codice VIII, 4, 5. - Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 30.

(4) Fr. 3, §. 5, D. XLVII, 9. - Le cose immobili non possono andar soggette a rapina. Cost. 1, C. IX, 33.

(5) §. 1, J. IV, 2. - fr. 2, §. 18, D. XLVII, 8.

(6) Fr. 2, §. 18, cit. La via di fatto *(crimen vis)* può aver luogo tanto sopra una cosa mobile, quanto sopra un' immobile, per un *invasio.*

(7) Fr. 8, §. 1, D. XIII, 1.

(8) §. 2, J. IV, 2.

(9) Ist. IV, 2. - Dig. XLVII, 8. Codice, IX, 33. - A. W. Cramer, *Ad Civ. Orat. pro Tullio*, c. 4, p. 66.

(10) Pr. J. ibid. - Cpr. fr. 1, pr. D. XLVII, 8.

(11) Fr. 2, §. 27, D. ibid.

(12) Donello, *Comm.* XVII, 2. - Galvanus, *De usufructu*, c. 40. - Boehemer, *Exercit. ad Pand.* t. II, exer. 23. - C. J. Walch, *De vindicta privata*, nei suoi *Opusc.* t. I, pag. 396.

(13) Fr. 12, §. 2; fr. 13, D. IV, 2. - fr. 7, D. XLVIII, 7.

se ha agito in buona o mala fede (1). La stessa pena è applicabile al locatario, al possessore a titolo di precario, ove si rifiuti, senza motivo, a fine del contratto, o venendogli richiesta, di restituire la cosa e persista in questo rifiuto fino a sentenza difinitiva (2).

§. 472. C. *Danno dato con ingiuria.*

I Romani qualificano per *damnum injura datum*, in generale, ogni danno che un uomo libero (3) arreca all'altrui patrimonio per un fatto illecito (*culpa, injuria*), qualunque siasi il rapporto esistente fra le due persone (4). Nullameno, allorchè esiste fra loro un contratto, quella che cagiona il danno non è responsabile che in quanto è obbligata a prestarlo per contratto (*ex contractu*); fuori del contratto (*extra contractum*), essa risponde d'ogni fatto pregiudicevole, per quanto minima sia la colpa (5). Ma un danno cagionato per una omissione illecita, o per inazione, non cade mai sotto la nozione del *damnum injuria datum* (6); perchè l'omissione non potendo essere illecita se non quando è vincolata da una convenzione, non può dar luogo che all'azione risultante dalla convenzione. Questa regola non soffre eccezione se non quando la omissione è stata la causa che il danno è risultato da un fatto anteriore (7).

§. 473. 2. *Della legge Aquilia.*

La legge Aquilia (*lex Aquilia*) prendeva di mira specialmente il danno dato con ingiuria (*damnum injuria datum*) (8) e permetteva di far condannare chi si era reso colpevole del fatto, al risarcimento del danno e a una pena privata (9); nel qual caso (*ex primo capite legis Aquiliæ*), quegli che aveva ucciso ingiustamente lo schiavo o il quadrupede altrui (*quadrupes pecus*), doveva dare il maggior prezzo che lo schiavo o l'animale potesse valere nell'ultimo anno, partendosi dall'epoca del danno (10); in tutti gli

---

(1) Cost. 3, C. Th. IV, 22. - Cost. 7, C. VIII, 4. - §. 1, J. IV, 2. - §. 6, J. IV, 15. - Savigny, *Trattato del possesso*, §. 40. - O. A. Fritz. *Resp. ad quæstionem, quam actionem Const. 7. C. VIII, 4, ei, qui possessione vi privatus est, ad eam recuperandam concedat.* Friburg. Brisg. 1828.

(2) Cost. 10, ibid. - Cost. 34, C. IV, 65. - La via di fatto sostituita al diritto, trae seco molte altre pene. V. Nov. 25, c. 1. - Nov. 60, pr., c. 1, 2. - Nov. 134, c. 7.

(3) Il danno recato da uno schiavo, si dice *noxia*, e quello recato da un animale *pauperies*. §. 1, J. IV, 8, pr. J. IV, 9.

(4) Fr. 7, §. 8; fr. 18, D. IX, 2. - fr. 7, §. 1, D. XIII; 6. - J. opden Hoof, *De damno injuria dato.* Traj. ad Rhen. 1817.

(5) Fr. 44, pr., D. IX, 2. - « *In Lege Aquilia et levissima culpa venit* ». Ma si suppone che egli sapesse che la cosa apparteneva ad altri; fr. 31, §. 3, D. V, 3.

(6) Ciò dice espressamente il fr. 13, §. 2, VII, 1.

(7) Fr. 8, pr.; fr. 27, §. 9; fr. 44. §. 1; fr. 45, D. IX, 2.

(8) Gajo, III, 210. - Ist. IV, 3. - Dig. IX, 2. - Codice, III, 35. - Coll. Leg. Mosaïc. XII, 7. - Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 26. - Jo. Suarez de Mendoza. *Comm. ad Leg. Aquiliam*; in Meermani *Thes.* t. II, p. 1. - Ger. Noodt, *Ad Leg. Aquiliam, liber sing.* In Oper. t. I, p. 173. - I. E. W. Romer, *De Lege Aquilia.* Traj. ad Ren. 1806. - Car. Vollgraff, *Diss. de Lege Aquilia.* Marb. 1820. - T. Cannegieter, *De Lege Aquilia.* Grœning. 1821. - Glück, *Comm.* part. 10, §. 698-705.

(9) §. 10, J. IV, 3. - fr. 21, 2; fr. 22; fr. 23, pr.; fr. 37, §. 1, D. IX, 2.

(10) Pr. §. 1, J. IV, 3. - fr. 2, D. IX, 2. - Noi non conosciamo che dopo la scoperta di Gajo, il contenuto del 2.° capitolo della Legge Aquilia. Gajo, III, 215, 216. - Esso trattava dell'azione, contro l'*adstipulator, qui pecuniam in fraudem creditoris acceptam fecerit*; che non era più in uso ai tempi d'Ulpiano (fr. 27, §. 4, D. IX, 2), o se questo passo è un'interpolazione del tempo di Giustiniano (§. 12, J. IV, 3). V. Gans. *Scolies su Gajo*, p. 407, 443. - Schweppe, *Stor. del diritto*; §. 305, 326. A. M. Van der Kemp, *Diss. de capite secundo Legis Aquiliæ s. ad locum Gaji de adstipulatoribus.* Lugd.-Bat. 1820.

altri casi *(ex tertio capite)*, egli era tenuto a restituire il più alto prezzo, che la cosa poteva ottenere negli ultimi trenta giorni (1). Il rifiuto opposto dal convenuto produceva per lui la obbligazione di restituire il doppio *(lis inficiando crescit in duplum)* (2).

§. 474. 3. *Dell' azione della legge Aquilia.*

L'azione della Legge Aquilia era da primo molto ristretta. Infatti non poteva essere intentata come azione diretta, che allorquando il danno era cagionato *corpore corpori*, ed anco in tal caso il proprietario solo della cosa distrutta o danneggiata, poteva direttamente intentare un'azione *ex Lege Aquilia* in risarcimento del danno e in condanna della pena (3). Queste due restrizioni in appresso disparvero. S'accordò l'azione, come azione utile, quando il danno era stato fatto *corpori* ma non *corpore* e s'accordò ancora nel caso in cui non vi fosse stato danno *nec corpore nec corpori* un'azione generale in risarcimento *(actio in factum)* (4). In appresso, essa non fu ristretta al proprietario della cosa danneggiata, ma venne, al contrario, accordata utilmente a chiunque aveva interesse, a causa d'un diritto reale che la cosa non fosse danneggiata (5). L'azione della legge Aquilia è soprattutto importante e indispensabile pel caso in cui, qualcuno ha per un fatto illecito, danneggiato la cosa d'altri, relativamente alla quale non ha con lui contrattato; perchè nei casi in cui trattasi di risarcimento di danno avvenuto fra persone che hanno contrattato, si può intentare anco l'azione risultante dal contratto. Frattanto se esiste un contratto, e se i fatti che debbono esser prestati *ex contractu* recano pregiudizio, e sono in conseguenza contrarii al rapporto, che il contratto ha prodotto, l'azione della legge Aquilia può essere intentata in concorrenza dell'azione risultante dal contratto, cioè a dire che il leso ha diritto di scegliere fra le due azioni (6). Ma se il danno proviene da una omissione illecita, solo può intentarsi l'azione del contratto.

§. 475. D. *Della ingiuria.* 1. *Nozione.*

Injura presa nel suo più largo significato, rappresenta in diritto romano, tutto ciò che si fa senza averne il diritto, *quod non jura fit* (7). In senso più stretto, e particolarmente in rapporto all'onore, intendesi ogni atto che ferisce volontariamente l'onore o la buona riputazione d'un uomo *(animo injurandi)* (8).

§. 476. 2. *Specie dell'ingiuria.*

L'onore può sentire offesa per parole, o in voce o in scritto, come

(1) §. 13-15, J. ibid. - fr. 27, §. 5; fr. 29, §. 8, D. ibid.

(2) Fr. 2, §. 1; fr. 23, §. 10, D. ibid. - Gajo, III, 216.

(3) §. 16, J. IV, 3. - fr. 2, pr.; fr. 27, §. 5, D. IX, 2. - fr. 11, §. 6, 9, ibid. - Hasse, *Della colpa*, p. 10, 95.

(4) §. 16, J. cit. - fr. 33, §. 1, D. ibid. - Cf. fr. 11, D. XIX, 5.

(5) Fr. 11, §. 10; fr. 17, pr. D. IX, 2. - Cpr. anco fr. 12; fr. 30, §. 1, ibid. - fr. 17, §. 3, D. VII, 1. - Colui che non ha che un diritto personale sulla cosa non può prevalersi dell'azione della Legge Aquilia, fr. 11, §. 9, D. IX, 2; ma il proprietario della cosa può cedergli la sua azione, se il suo diritto mira alla proprietà della cosa; fr. 13, §. 12, D. XIX, 1. - Glück, *Comm.* part. 10, p. 374. - Lœhr, *Della colpa*, p. 83. - Hasse, *Della colpa*, p. 322, 323.

(6) Fr. 7, §. 8; fr. 18, D. IX, 2. - fr. 7, §. 1, D. XIII, 6. - fr. 34, §. ult. D. XLIV, 7.

(7) Pr. J. IV, 4. - §. 2. J. IV, 3. - fr. 3; fr. 5, §. 1, D. IX, 2. - fr. 1, pr. D. XLVII, 10.

(8) Gajo, III, 220. - Paolo, V, 4. - Coll. leg. Mos. II. - Ist. IV, 4. - Dig. XLVII, 10. - Cod. IX, 35. - Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 24. - Idzert Eckma, *Diss. de injuriis præcipue de illarum pœnis.* Groening. 1809.

per fatti. Nel primo caso l'offesa è una *ingiuria verbale*, nel secondo, una *ingiuria reale* (1), e l'una e l'altra possono essere, giusta la loro estensione, o ingiuria leggera (*injuria levis*) o un'ingiuria grave (*injuria atrox*); si deve prender sempre in considerazione il luogo, il tempo e la persona (2).

§, 477. 3. *Effetti dell'ingiuria.*

L'ingiuria produce l'effetto di dare all'offesa secondo il diritto pretorio, il diritto di tassare in danaro l'ingiuria sofferta, e di perseguitare, in riparazione del danno, il pagamento della somma, che il giudice può, in caso di bisogno, modificare coll'azione *injuriarum æstimatoria*; nullameno quest'azione si prescrive per lo spazio di un anno (3). Nel caso d'ingiuria reale, una legge cornelia permette d'intentare contro l'ingiuriante l'azione *injuriarum* in pagamento d'una somma di danaro da determinarsi dal giudice, come pena privata; quest'azione, considerata come azione civile, non si prescrive che per 30 anni (4).

CAPITOLO TERZO

Obbligazioni derivanti da cause diverse.

§. 478. *Colpo d'occhio generale.*

Le obbligazioni derivanti da cause diverse (*obligationes ex variis causarum figuris*) sono le seguenti:

1. Esse possono nascere come da un contratto (*quasi ex contractu*).
2. Come da un delitto (*quasi ex delicto*).
3. Infine, esistono molte altre obbligazioni, che non hanno altro motivo generale che l'equità naturale riconosciuta dalla legge.

TITOLO PRIMO

Obbligazioni nascenti da un quasi contratto.

§. 479. *Nozione di queste abbligazioni.*

Avvien sovente che persone le quali non hanno insieme contrattato, siano nullameno per legge, riguardate, esistendo certi fatti, come se avessero realmente contrattato (*quasi contraxerint*). Così il vincolo che ha luogo fra queste due persone, e che si rassomiglia sempre a una obbligazione contrattuale, dicesi, *obligatio, quæ quasi ex contractu oritur* (5).

---

(1) §. 1, J. IV, 4. - fr. 1, §. 1, D. XLVII, 10.
(2) §. 9, J. ibid. - fr. 7, §. 7, 8, D. ibid.
(3) §. 7, J. IV, 4. Aulio-Gellio, XX, 1.
(4) Pr. 8, J. ibid. confrontate col fr. 37, §. 1, D. XLVII, 10.

(5) Ist. III, 27 (28). - Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 14-23. - F. C. Hübner, *Diss. de natura obligationum quæ quasi ex contractu et quæ quasi ex delicto nascuntur*. Lips. 1802. - C. Heilbronn, *De natura obligationis, quæ quasi ex contractu nascitur*, Traj. ad Rhen. 1827.

Questa specie di obbligazione può nascere: dalla gestione degli affari altrui senza mandato (*negotiorum gestio*); dalla gestione dei beni comuni, allorchè la comunità è avvenuta per caso (*communio incidens*); dal pagamento non dovuto (*solutio indebiti*); dalla tutela e curatela, e dalla accettazione della successione (1).

§. 480. A. *Della gestione degli affari* (2). 1. *Nozione.*

La *gestione degli affari* (*negotiorum gestio*) consiste nella cura che uno si prende degli affari altrui senza che ne sia incaricato (3). Questa gestione fa nascere contro chi s'immischia negli affari degli altri (*negotiorum gestor*) e questi (*dominus negotiorum s. rei gestæ*) una obbligazione simile a quella che esiste fra mandatario e mandante, e regolata in generale dai principj medesimi.

§. 481. 2. *Condizioni della gestione degli affari.*

La gestione degli affari suppone sempre l'affare *altrui* (4). Ma affinchè abbia vita l'obbligazione fra il gestore e quegli i cui affari sono amministrati, è necessario di più:

1. Che il gestore abbia avuto intenzione d'agire nell'interesse del padrone, e non mai nel proprio (5).

2. Che abbia agito con intenzione d'obbligarlo (6).

3. Che la gestione sia stata utile; e poco importa che in seguito il lucro fatto, sia, senza sua colpa andato perduto (7).

4. Infine, che il padrone non abbia espressamente proibito la gestione dei suoi affari, sia in scritto, sia in presenza di testimonj (8). Quando queste condizioni concorrono, la gestione obbliga colui, del quale si amministrano gli affari, quand'anche personalmente fosse incapace di obbligarsi (9).

§. 482. 3. *Effetti della gestione degli affari.*

A. Le obbligazioni del gestore sono le seguenti:

1. Egli è obbligato di condurre a termine l'affare che senza mandato ha intrapreso; anco nel caso in cui il proprietario durante questo tempo venisse a morte, sotto pena di rifondere il danno e di perdere ogni diritto a indennità (10).

2. È responsabile d'ogni colpa anche lievissima (11), e per ciò è obbligato alle usure delle somme com-

---

(1) Tigerstrœm, *Rœm. Dotalrecht*, o *Del diritto dotale romano*, t. I, p. 198, novera anche la *costituzione di dote*: noi ne parleremo al §. 517; tratteremo al §. 603 della tutela, e dell'accettazione della successione al §. 686; non ci resta adunque a parlare adesso che delle tre prime specie d'obbligazioni nascenti dal quasi contratto.

(2) Paolo, I, 4. - §. 1, J. III, 27 (28). - Dig. III, 5. - Codice, II, 19. - Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 15-17. - C. F. W. Schimdt, *Diss. sistens leges quasdam potiores tituli Digestor. de negot. gestis.* Tübing. 1787. - Glück, *Comm.* part. 5. §. 415, 426. - M. van de Haute Nanteuil, *Diss. de negotiis gestis.* Lovan. 1828.

(3) C. Th. Welcker, *Diss. exhibens interpretationem L.* 9, *D. de negotiis gestis, juncta. L.* 60, *De reg. juris.* Giessæ, 1813. - Cpr. anche la Cost. 3, C. III, 32.

(4) Fr. 6, §. 4, D. III, 5. - Cpr. fr. 6, pr. §. 9; fr. 45, §. 2, D. ibid.

(5) Fr. 6, §. 3, D. ibid.

(6) Fr. 27, §. 1; fr. 44, D. ibid. - Cost. 11, C. II, 19.

(7) Fr. 10, §. 1; fr. 22, 27, pr. D. ibid. - Nullameno il pupillo forma eccezione; egli non è obbligato verso il gestore dei suoi affari, se non in quanto è divenuto più ricco; fr. 6, pr.; fr. 37, pr. D. ibid.

(8) Fr. 8, §. 3, ibid. - fr. 40, D. XVII, 1. - Cost. 24, C. II, 19.

(9) Fr. 3, §. 5; fr. 6, pr. D. III, 5.

(10) Fr. 17, §. 3, D. XIII, 6. - fr. 21, §. 2, D. III, 5. - Cost. 20, C. II, 19.

(11) §. 1, J. III, 27 (28). - fr. 23, D.

prese nella gestione e che avrebbe potuto percipere (1).

3. Deve render conto della sua gestione e costituire tutto ciò che per essa ha acquistato (2).

4. Il padrone ha l'azione diretta *negotiorum gestorum*, per costringere il gestore a eseguire le sue obbligazioni (3).

B. Quegli il cui affare è amministrato, è in obbligo:

1. Di restituire al gestore tutte le spese fatte per la gestione e le usure, calcolate dopo il tempo dell' impiego (4).

2. Deve liberarlo dalle obbligazioni contratte a causa della gestione (5).

3. L'azione che compete al gestore contro il padrone, dicesi *negotiorum gestorum contraria* (6).

§. 483. 4. *Dell'azione funeraria* (7).

Tuttociò che si fa pei funerali di un defunto, senza che quegli cui incombe un tale obbligo ne abbia conferito mandato, è una specie particolare di gestione d'affari. Colui che ha intrapreso questa gestione, può coll'azione *funeraria*, ripetere, da chi era in obbligo di fare interrare il defunto, le spese che ha fatte per tale motivo (8); ma bisogna che non abbia avuto intenzione di donarle (9), e che l'interramento sia avvenuto in proporzione dei mezzi del defunto, nè troppo pomposamente, nè troppo meschinamente (10). La legge protegge quest' azione con un privilegio tutto particolare; di fatti, quando i creditori concorrono sui beni del defunto, le spese funerarie debbono esser prelevate innanzi ogni altro debito (11); e, differisce su tal proposito dall' azione contraria della gestione d'affari, poichè ha luogo anche allor quando chi era in obbligo di fare interrare il defunto, lo ha interdetto al gestore (12).

§. 484. B. *Della comunione* (communio incidens). 1. *Generalità*.

Quando fra più persone il rischio dà vita a una comunione di certe cose senza convenzione di sorta (*com-*

L, 17. - fr. 32, pr. D. III, 5. - fr. 25, §. 16, D. X, 2. - Cost. 20, C. II, 19. - C. G. Einert, *Disp. de negotiorum gestoris ad culpam levissimam præstandam obligatione*. Lips. 1767. - J. Duivensz, *Explicatio L. 31, D. de negot. gestis*. Lugd. Bat. 1800. - J. M. H. de Vries, *Explicatio L. 20, C. de neg. gest.* Lugd.-Bat. 1813. - Lœhr, *Teoria della colpa*, p. 126. - Hasse, *Della colpa*, pag. 520. - Vi sono però dei casi in cui non si deve prestare che il dolo e la colpa lata; per esempio, amministrando la cosa d'altri, che senza tale amministrazione sarebbe irremissibilmente perita; fr. 3, §. 9, D. III, 5; vi sono altri casi in cui siamo tenuti anche del caso fortuito, come intraprendendo una speculazione inusata, sottoposta a pericolo, fr. 11. ibid., o incaricandosi d' affari d' altri a malgrado la espressa loro proibizione, fr. 8, §. 3, ibid. Cost. 24, C. II, 19.

(1) Fr. 19, §. 4, ibid. - Cpr. fr. 37, §. 1, ibid. - Cost. 24, C. IV, 32. S' egli ha impiegato in uso proprio delle somme appartenenti al proprietario deve pagarne il frutto del 12 o/o. - fr. 33, §. 1, ibid. - Se ha imprestato senza garanzia, risponde del capitale e frutti ordinarj, fr. 37, §. 1, ibid.

(2) §. 1, J. III, 27 (28). - fr. 2, D. ibid.

(3) §. 1, J. cit.

(4) Fr. 45, D. ibid. - Cpr. fr. 2; fr. 19, §. 4; fr. 37, D. ibid. - Cost. 18, C. II, 19.

(5) Fr. 2, D. ibid.

(6) §. 1, J. cit.

(7) Dig. XI, 7. - Glüch, *Comm.* part. 11. §. 766.

(8) Fr. 12, §. 2, D. XI, 7. - Cpr. fr. 14, §. 6, 12, 13, D. ibid. - Quant'all'obbligo delle spese d' interramento, v. fr. 12, §. 4; fr. 16-23; fr. 28; fr. 31, pr. ibid.

(9) Fr. 14, §. 7, ibid. - fr. 27, §. 1; fr. 44, D. III, 5. - Cost. 11, C. II, 19.

(10) Fr. 12, §. 5; fr. 14, §. 5, 6, 10, D. XI, 7.

(11) Fr. 13, §. 1; fr. 45, D. ibid. - Cost. 22, §. 9, C. VI, 40. - Paolo, *Sent. rec.* I, 21, §. 15.

(12) Fr. 14, §. 13, 17, D. ibid.

munio incidens), formasi fra loro, in riguardo a queste cose, un vincolo consimile a quello che esiste fra più associati (1). Così nei casi d'una successione comune fra più coeredi, di cose individuali comuni fra più comproprietari, e d'una comunione, cagionata per confusione di confini delle terre e fondi attigui, attenenti a proprietari diversi.

§. 485. 2. *Della comunione in materia di successione e di cose individuali* (2).

Quando una successione, o una cosa individuale, forma oggetto della comunione, ciascun coerede o comproprietario ha il diritto d'intentare contro l'altro un'azione divisoria (3); il coerede o il comproprietario che fin allora ha amministrato la successione o la cosa, è tenuto a render conto della sua gestione, e a dividere proporzionalmente cogli altri tutto ciò che ha acquistato (4). Egli è in obbligo d'amministrare colle medesime cure, che ordinariamente impiega nei proprj affari (5); ciascuno degli altri interessati, è tenuto dal suo canto, in proporzione di sua parte e porzione a rimborsare l'altro delle spese fatte per la gestione della successione o della cosa comune (6); questa azione che non deriva dalla volontà degli obbligati, ma dalla *versio in rem* (*actio ex re venit*), è del pari intentata contro i condividenti, che non possono obbligarsi per loro consenso, come contro i pupilli ed alienati (7).

§. 486. 3. *Della confusione dei confini* (8).

I principj stessi si applicano in generale, alla fortuita confusione dei confini. Ciascuno degl'interessati può, infatti, costringer l'altro a stabilirli; ciascuno è tenuto a render conto all'altro dell'uso e dei frutti percetti, intanto che è obbligato a restituirli, e a rifondere il danno cagionato per sua colpa, non che l'usure; ha il diritto però di detrarre e di esigere il rimborso delle spese fatte in pro dell'altro (9).

§. 487. 4. *Delle azioni divisorie.*

Le azioni divisorie (*judicia divisoria*) che competono alle parti interessate nel caso di comunione fortuita, hanno per fine di domandare, e la divisione dell'oggetto comune, e l'esecuzione delle obbligazioni nate dalla comunione. Sotto il primo rapporto, suppongono esse un diritto reale sulla cosa; sotto il secondo, sono azioni puramente personali e non possono esser dirette che contro colui al quale l'attore accorda un diritto reale sulla cosa. Di qui prendono anche il nome d' *actiones mistæ* (10), considerate sotto un diverso punto di vista, di-

(1) §. 3, 4, J. III, 27 (28). - fr. 25, §. 16, D. X, 2. - fr. 2, D. X, 3. - fr. 31, D. XVII, 2.

(2) §. 3, 4, J. III, 27, (28). - Dig. X, 2, e 3. - Codice, III, 36, 38. - Glück, *Comm.* part. 11, §. 725-740.

(3) Il diritto d'intentare azioni in divisione d'una cosa comune o d'una successione, nasce dalla comproprietà o dal diritto di coerede. Noi non parleremo adesso che delle prestazioni personali derivanti dalla comunione.

(4) Fr. 19, D. X, 2. - Cpr. fr. 6, §. 2, D. X, 3.

(5) Fr. 25, §. 16, D. X, 2. - fr. 20, D. X, 3.

(6) Cost. 18, §. 1, C. III, 36. - fr. 18, §. 3, D. X, 2. - fr. 4, §. 3; fr. 14, §. 1; fr. 29, pr. X, 3.

(7) Fr. 46, D. XLIV, 7.

(8) Dig. X, 1. Codice, III, 39. - Glück, *Comm.* part. 1. §. 714. C. H. Trotz, *De termino modo.* Traj. ad Rhen. 1730. et in OElrichs, *Thes. nov.* vol. II, n. 3. - C. Saxius, *Diss. ad Legem Maniliam finium regundorum.* Traj. ad Rhen. 1779; ed. 2. Lips. 1782. - A. F. C. Reinhard, *Diss. de finibus regundis.* Erford. 1781. - Sul fr. 13, D. X, 1, v. G. A. Rosen, *Fragmenti Gajani de jure confinium quod extat in L. ult. D. fin. reg. interpretatio*, Lemgov. 1831.

(9) Fr. 4, §. 1, 2, D. X, 1. - Cost. 1, C. VII, 51.

(10) §. 20, J. IV, 6. - fr. 1, D. X, 1.

consí ancora *judicia duplicia*, perchè ciascuno degli aventi diritto può essere tanto attore che convenuto (1). Alle azioni divisorie appartengono:

1. L'azione *familiæ erciscundæ*, per la quale si domanda la divisione d'una successione comune e l' esecuzione delle obbligazioni indicate al §. 465.

2. L'azione *de communi dividundo*, per cui si fa luogo alla divisione d'una cosa individuale e l'esecuzione delle obbligazioni stesse.

3. L'azione *finium regundorum*, per cui si perseguita la rettificazione dei confini fra due terreni contigui, e della refezione del danno (2).

§. 488. C. *Pagamento dell'indebito.* 1. *Nozione.*

Il pagamento di ciò che non è dovuto (*solutio indebiti*) dà vita del pari a una obbligazione che nasce comune a un contratto. Infatti, quegli che per errore ha dato o prestato qualche cosa a un altro, senza averne obbligo, può ripeterla come se l'avesse imprestata (3). L'espressione *solutio indebiti* è qui presa in senso estesissimo, e comprende egualmente il caso in cui qualcuno ha prestato ad un altro un fatto *indebite* (4), o riconosciuto contro sè un debito senza esservi obbligato (5), o rinunziato a un diritto, o quietanzato un debito (6) nella credenza d'esservi per diritto obbligato.

§. 489. 2. *Condizione di questa obbligazione.*

Le condizioni richieste per dar luogo a questa obbligazione e alla *condictio indebiti* sono:

1. Che ciò che è stato pagato o imprestato, non sia dovuto (7). Quindi chi era naturalmente obbligato, non può ripetere, se ha pagato (8); lo stesso dicasi di colui che paga prima del termine, o prima che la condizione si verifichi, ove fosse certo all'epoca del pagamento, che il giorno o la condizione giungerebbero (9). Ma il pagamento dell'indebito esiste, quando pagasi a chi non è creditore (10).

2. È necessario ancora che siasi pagato per errore di fatto. Così chi ha pagato scientemeute o per errore di diritto, senza essere obbligato, non

---

- fr. 22, §. 4, D. X, 2. - fr. 1, D. X, 3. - Teofilo, sul §. 20, J. IV, 6.

(1) Fr. 10, D. X, 1. - fr. 2, §. 3, D. X, 2. - fr. 2, §. 1, D. X, 3. - fr. 13, D. V, 1. - In questo senso, diconsi del pari *actiones mixtæ* in luogo di *judicia simplicia*. Per esempio: fr. 37, §. 1, D. XLIV, 7.

(2) Sulla prescrizione delle azioni divisorie: Bruno Castendyck, *De eo quod justum est circa præscriptionem in judiciis divisoris*. Gœtt. 1792.

(3) Gajo, III, 91. - §. 6, J. III, 27 (28). - §. 1, J. III, 14 (15). - Dig. XII, 6. - Codice, IV, 5. - Donello, *Comm. jur. civ.* XIV, 11, 19. - Idem, *Comm. ad tit. Cod. de condictione indebiti.* - Glück, *Comm.* part. 13, §. 827. - J. Rosshirt, *Diss. de legitimo condictionis indebiti fundamento.* Erlang. 1818. - F. Ledure, *De condictione indebiti.* Leodii, 1821. - L. H. Dubus, *De condict. indeb.* Lovan, 1825. - W. J. G. Sybkens, *De cond. indeb.* Grœning. 1825. - C. Van-Renynghe, *Spec. de condictione indebiti.* Gandavi, 1826. - G. F. Ackermans, *Diss. de eo, quod tanquam indebitum condici nequit.* Lugd.-Bat. 1810. - Denuo edid. ab auctoris filio, ibid. 1830.

(4) Fr. 26, §. 12; fr. 40, §. 2, D. XII, 6.

(5) Fr. 31, D. ibid. - Cost. 3, C. IV, 5.

(6) Fr. 39; fr. 22, §. 1, D. ibid.

(7) Fr. 22, pr.; fr. 37, 40, D. XII, 6. - fr. 16, §. 1, D. XVI, 1. - fr. 45, pr. D. L, 17. - Cost. 18, C. IV, 32. - Cost. 3, C. III, 43.

(8) Fr 13; fr. 26, §. 9; fr. 38, pr.; fr. 40, pr. D. XII, 6. - fr. 9, §. 4, 5; fr. 10, D. XIV, 6. - fr. 7, §. 4, D. II, 14. - fr. 5, §. 2, D. XLVI, 3. - Su questo passo difficile, fr. 38, pr. frater a fratre, D. XII, 6, v. Glück, *Comm.* part. 13, p. 88.

(9) Fr. 10, 17, 18, D. ibid. Ma essendo incerto se la condizione si verificherà, si fa luogo alla ripetizione; fr. 16, pr. D. ibid.

(10) Fr. 65, §. 9; fr. 19, §. 1; fr. 22, pr. D. XII, 6. - Cost. 8, C. IV, 5.

può ripetere ciò che ha pagato (1). Questa regola però soffre eccezione quando qualcuno ha pagato in seguito di una eccezione interamente riprovata *(plene reprobata)* (2), o quando il pagamento è stato fatto da colui che non poteva efficacemente pagare, come da un pupillo (3), o quando le leggi autorizzano la ripetizione del pagamento, anche non essendovi errore solamente di diritto (4).

3. Si vuole ancora che quegli cui è stato fatto il pagamento, l'abbia in buona fede ricevuto; perchè s' egli sapeva non doverglisi, e l'ha nullameno accettato, è generalmente considerato come un ladro, e come tale obbligato (5).

§. 490. 3. *Della* condictio indebiti (6).

L' azione prodotta dal pagamento dovuto *(solutio indebiti)*, diretta in restituzione del non dovuto, dicesi *condictio indebiti*. Essa mira:

1. A ridomandare la cosa stessa o il suo valore, nel caso in cui l'indebito sia caduto sopra una cosa, o il quantitativo dato alla cosa fungibile, indipendentemente dai frutti e accessioni della medesima (7), e in generale colui che l'ha ricevuta non può esser tenuto a restituire se non quanto lo ha fatto più ricco all'epoca della domanda (8). Egli ha del pari il diritto di chiedere il rimborso delle spese fatte per la cosa (9).

2. Quando si è indebitamente presa sopra di sè una cauzione, o liberato da una cauzione, l'azione tende alla liberazione o al ristabilimento della cauzione (10).

3. Del pari, quando si è indebitamente renunziato a un diritto o a un debito, o ne abbiamo fatto la quietanza, l' azione mira a farlo rivivere (11).

4. Quando indebitamente ci siam gravati di un debito, la condizione serve ad annullarlo, e a farne restituire il chirografo (12).

5. Infine, quando sono stati prestati dei fatti, si domanda d' essere indennizzati in danaro (13).

TITOLO SECONDO

Delle obbligazioni nascenti dal quasi delitto.

§. 491. *Nozione di queste obbligazioni.*

Come le obbligazioni derivanti da un quasi contratto, si assomigliano alle obbligazioni nascenti dai contratti, così le obbligazioni che derivano da un quasi delitto, hanno analogia con quelle derivanti dai delitti, in quantochè, alla pari di queste, hanno per fine il risarcimento del danno recato e a una pena privata. Esse hanno sempre per base degli atti illeciti, che

(1) Fr. 1, §. 1, ibid. - fr. 53, D. L, 17. - Cost. 10, C. I, 18. - Cpr. fr. 2, pr.; fr. 26, §. 2; fr. 65, §. 2, D. XII, 6. - Cost. 6, 7, 9, pr. C. IV, 5. - Cost. 9, 10, C. VI, 50. - A. Frick, *Diss. de indebitum solvente per ignorantiam juris civilis ad indebiti condictionem admittendo.* Helmst. 1778.

(2) Fr. 23, §. 2, D. XII, 6. - Cost. 9, C. IV, 29. - Cost. 3, C. III, 43.

(3) Fr. 29, D. XII, 6.

(4) Per esempio, Cost. 36, §. 2, C. VIII, 54.

(5) Fr. 18, D. XIII, 1. - fr. 43, pr. §. 1, D. XLVII, 2. - fr. 38, §. 1, D. XLVI, 3.

(6) Fr. 7; fr. 15, pr. D. XII, 6.

(7) Cost. 1, C. IV, 5. - Fr. G. Zoller, *Diss. utrum per condictionem indebiti repeti possint usuræ.* Lips. 1708; quest' autore è di contraria opinione.

(8) Fr. 3; fr. 32, pr. D. XII, 6.

(9) Pr. §. 65, D. ibid.

(10) Fr. 31, 39, D. ibid. - fr. 2, pr. D. XXXVI, 4.

(11) Fr. 22, §. 1, D. XII, 6.

(12) Cost. 3, C. IV, 5.

(13) Fr. 26, §. 12; fr. 40, §. 2, D. ibid.

non sono veri delitti nel senso che vi ammettevano i Romani, o per lo meno, giusta i principj generali, non producevano la obbligazione che deve derivarne, secondo le disposizioni delle leggi (1).

§. 492. 1. *Dei casi in cui siamo responsabili del fatto illecito altrui.* A. Effusum et dejectum.

Evvi ancora il caso in cui siamo responsabili del danno cagionato dal fatto illecito altrui, per quanto non vi abbiamo preso parte, competendoci però un ricorso contro il delinquente. Questi casi sono due:

Il primo è quello in cui si reca danno, versando o gettando qualche cosa, senza preventivo avvertimento, da una finestra sulla strada; in tal caso, si può, senza far ricerca del colpevole, intentare contro chi abita la camera, locatario o proprietario che sia, l'azione *de effusis et dejectis* che, presso i Romani, mirava di più a far condannare alla pena del doppio (2). Essendo più gli abitanti, son tenuti solidalmente (3).

§. 493. B. Damnum in navi vel caupona datum.

Quando gli effetti di un viaggiatore sono stati distratti o danneggiati in una nave, o in un albergo, dalle genti del capitano o dell'albergatore, il proprietario può perseguitare in riparazione del danno, il capitano o l'albergatore, responsabile delle genti di suo servizio; può esigere ancora la pena del doppio (4). Ma più capitani, o albergatori che insieme conducono la stessa intrapresa, non sono tenuti che per la parte che ha ciascuno di essi sulla nave o nell'albergo (5).

§. 494. II. *Dei casi in cui siamo tenuti del nostro fatto come d'un delitto.* A. Judex qui litem suam facit.

Vi sono dei casi altri, in cui, per vero, siamo responsabili del fatto nostro illecito, ma *quasi ex delicto* soltanto, perchè niuna legge colloca questi fatti nel numero dei delitti. Questi casi sono parimente due:

Il primo è quello in cui un giudice a capriccio o senza previsione, emana una sentenza ingiusta; egli fa sua la lite (*litem suam facit*) e sulla querela della parte lesa, può, quando manchi ogni mezzo di diritto, esser condannato al risarcimento del danno e a una pena arbitraria (6).

§. 495. B. Positum aut suspensum.

Il secondo caso è quello in cui, in una strada frequentata, si pone o si sospende fuori d'una finestra qualche cosa che, per la sua caduta, può cagionare del danno; chi osserva quest'oggetto dannoso può intentare l'azione *de positis et suspensis*, tendente a farlo togliere e condannare colui che l'ha esposto a una pena privata di dieci *aurei;* questa azione non è concessa contro quegli che abita la camera (7).

---

(1) Ist. IV, 5, e Teofilo, su questo titolo. - Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 42.

(2) §. 1, 2, J. IV, 5. - fr. 1, pr. §. 4; fr. 6, §. 2, D. IX, 3. - Glück, *Comm.* part. 10, §. 706.

(3) Fr. 1, §. 10; fr. 2, 3, ibid. - Cpr. fr. 5, pr. ibid.

(4) §. 3, J. IV, 5. - fr. 7, pr. §. 1, D. IV, 9. - fr. 5, §. 6, D. XLIV, 7. - Quest'azione *quasi ex delecto nautarum caponum* che era penale, non deve esser confusa coll'azione *de recepto* di cui si è più sopra parlato.

(5) Fr. 7, 5, D. IV, 9.

(6) Gajo, IV, 52, - pr. J. IV, 5. - fr. 6, D. L, 13. - fr. 5, §. 4, D. XLIV, 7, - fr. 15, 16, D. V, 1. - Codice, VII, 49. - Loehr, *Teoria della colpa*, p. 195.

(7) §. 1, J. IV, 5. - fr. 5, §. 6, 9, 13, D. IX, 3. - Glück, *Comm.* part. 10, §. 699. - V. nullameno Loehr, *Della colpa*, p. 200.

TITOLO TERZO

Di altre diverse Obbligazioni.

§. 496. I. *Dell'azione esercitoria* (1).

Oltre le obbligazioni nascenti da un quasi contratto e da un quasi delitto, la classe delle *obbligazioni derivanti da diverse altre cause* (*ex variis causarum figuris*) comprende ancora altre differenti obbligazioni, di cui le seguenti sono le più rimarchevoli Quegli che arma un naviglio (*exercitor navis*, *armatore*) pel commercio e per la navigazione (2), si obbliga per le convenzioni che il capitano (*magister navis*) e suoi sostituti fanno relativamente agli affari del vascello (3). Il capitano è quegli cui l'armatore ha affidato la direzione e il trasporto del bastimento, e i sostituti non debbono avere oltrepassati gli ordini del capitano (*lex præpositionis*). Chi si obbliga in tal guisa può esser perseguitato coll'azione esercitoria (*actio esercitoria*) come se avesse egli stesso contrattato (4). Più essendo i padroni, sono solidalmente obbligati, sotto riservo dell'eccezione della divisione (5), ma i loro eredi non sono tenuti che per la lor parte e porzione (6) Finchè il capitano esercita il suo impiego, può essergli intentata azione contro, per escutere le obbligazioni da lui contratte, coi danari dell'armatore (7). Ma cessato il suo impiego, niuna azione può essergli intentata contro, tranne il caso in cui per un motivo qualunque, siasi personalmente obbligato (8). Reciprocamente l'armatore può azionare un terzo relativamente alle convenzioni concluse fra il capitano e lui per gli affari del naviglio (9).

§. 497. II. *Dell'azione istitutoria.*

Gli stessi principj militano per il padrone d'una casa di commercio (*dominus tabernæ s. negotiationis*) che ha posto in suo luogo un agente (*institor*), cui ha affidato o in tutto o in parte, la direzione del commercio; egli è obbligato per le convenzioni dell'agente coi terzi, e può essere perseguitato coll' azione istitutoria (*actio institutoria*) (10). Ma questa regola non è applicabile che agli affari realmente affidati all'agente, e si suppone sempre che abbia agito *secundum legem præpositionis* (11). Non gli è permesso di sostituire altri in sua vece, quando ciò gli è stato espressamente

---

(1) Gajo, IV, 71. - §. 2, J. IV, 7. - Dig. XIV, 1. - Codice, IV, 25. - P. Peckius, *Comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes*, cum not. A. Vinnii. Amstelod. 1668, pag. 69-187. - A. G. Frick, *Diss. de actione exercitoria.* Helmst. 1793. - W. I. C. van Hasselt, *Diss. de actione exercitoria.* Lugd.-Bat, 1820.

(2) Poco importa che il bastimento appartenga o non appartenga all' armatore; fr. 1, §. 15, D. XIV, 1.

(3) Fr. 1, §. 1, 5, D. ibid. - Il capitano può sostituire altri in sua vece, quand' anche gli sia proibito; fr. 1, §. 5. cit. in fine.

(4) Fr. 1, §. 7, 12, D. ibid. - §. 2, J. IV, 7. - C. A. Michælis, *Diss. de lege præpositionis*, Lips. 1804. - P. Tannoy. *An et quousque exercitores navium ex magistrorum factis obligentur.* L. B. 1802. - J. Van Hall, *Diss. de magistro navis.* Traj. ad Rhen, 1822

(5) Fr. 1, §. 25, ibid.

(6) Fr. 14, D. XIV, 3.

(7) Fr. 1, D. XIV, 1.

(8) Fr. 67, D. III, 3. - Arg. fr. 1. §. ult. D. XV, 4. - fr. 15, 19, D. XLVI, 8. - fr. 6, . 1, 2; fr. 57, §. 1, D. XII, 6.

(9) Fr. 1, §. 18, D. XIV, 1. - fr. 1, 2, D. XIV, 3. - fr. 13, §. 25, D. XIX, 1.

(10) Gajo, IV, 71. - Paolo, II, 8. - §. 2, J. IV, 7. - Dig. XIV, 3. - Codice, IV, 25. - Glück, *Comm.* part. 14, §. 891.

(11) Fr. 5, §. 11-15, D. XIV, 3.

proibito (1). Il padrone della casa, può perseguitare i terzi per le convenzioni concluse col suo ministro (2).

§. 498. III. *obbligazioni contratte dal padre di famiglia pei suoi figli.*

È regola di diritto romano: che il padre acquista per le convenzioni del figlio costituito sotto la sua potestà, ma il figlio non obbliga il padre (3). Questa regola però, per ragioni particolari, è soggetta ad eccezioni:

1. Quando il figlio ha contrattato con un terzo per ordine del padre, questi può essere perseguitato per il pagamento dell'*intero* debito contratto dal figlio, mediante l'azione *quod jussu* (4).

2. Quando ha dato un peculio a suo figlio, egli è tenuto per le convenzioni da lui poste in essere, anco a sua insaputa, fino a concorrenza del peculio; egli può essere per ciò perseguitato coll'azione *de peculio*, ma ha diritto in prima alla retenzione dei suoi proprj crediti (5).

3. Quando il padre ha autorizzato il figlio ad agire in commercio colle mercanzie formanti parte del peculio profettizio, egli è del pari tenuto per le convenzioni dal figlio contratte, e i creditori possono intentare l'azione tributoria (*actio tributoria*), e forzarlo a dividere proporzionalmente con loro le mercanzie esistenti, senza pure avere il privilegio di esser pagato prima d'essi (6).

4. Quando l'oggetto della convenzione posta in essere dal figlio con un terzo, è tornata in vantaggio del padre *(in rem patris versum)*, egli è tenuto al pagamento dei debiti dal figlio contratti per la convenzione; ma non resta obbligato che fino a concorrenza di quanto ha lucrato, e l'azione che il creditore ha contro di lui è l'azione *de in rem verso* (7). Questa azione si accorda sempre utilmente in tutti i casi in cui l'oggetto d'una convenzione è tornato in vantaggio di un terzo, quand'anche colui che ha vantaggiato il terzo non fosse sotto la sua potestà. Ma per diritto romano ciò non avviene che allorquando colui che ha contrattato coll'attore agiva come *negotiorum gestor* di questo terzo (8); perchè il guadagno che risulta da una convenzione e che torna fortuitamente a profitto d'un terzo non basta a dar vita a quest'azione (9). Tutte le azioni da noi fin qui menzionate, diconsi al presente *actiones adjectitiæ qualitatis*; esse non prendono speciale significato che dal nome dell'azione prodotta dalla convenzione (10).

---

(1) Fr. 1, §. 5, D. XIV, 1.

(2) Fr. 1, 2, D. XIV, 3. - fr. 13, §. 25, D. XIX, 1.

(3) Pr. §. 1, J. II, 9. - pr. J. III, 28 (29). - fr. 39, D. XLIV, 7. - fr. 5, pr. D. XIV, 5. - Codice, IV, 26. - Zimmern, *Storia del diritto*, §. 191, 192.

(4) Gajo, IV, 70. - pr. §. 1, J. IV, 7. - Dig. XV, 4, e XIV, 5. - Cost. 13, C. IV, 26. - Codice, Theod. II, 31. - Glück, *Comm.* part. 14, §. 919.

(5) Gajo, IV, 73. - Codice Gregor. III, 6. - Codice, Teod. II, 32. - §. 4, J. IV, 7. - §. 36, J. IV, 6. - Dig. XV, 1. - Cost. 1, 2, C. IV, 26. - Quanto al fatto del figlio, da lui non autorizzato, egli non è tenuto che in quanto è divenuto più ricco; fr. 58, D. L, 17. - fr. 3, §. 12, D. XV, 1. - V. in generale: Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 50. - Glück, *Comm.* part. 14, §. 912, 913. - F. L. Keller, *Comm. ad L.* 32. *D. de peculio.* Gœtt. 1823.

(6) Gajo, IV, 72. - §. 3, J. IV, 7. - Dig. XIV, 4. - fr. 11, §. 7, D. XIV, 3. - fr. 5, §. 15, 16, D. XIV, 4. - Glück, *Comm.* part. 14, §. 894.

(7) Gajo, IV, 73, 74. - §. 4, J. IV, 7. - Dig. XV, 3. - Cost. 3, C. IV, 26. - Paolo, II, 9. - Glück, *Comm.* part. 14, §. 914.

(8) §. 4, J. IV, 7. - Cost. 7, §. 1, C. IV, 26. - G. C. Seuffert, *Diss. de eo quod justum est circa de in rem verso actionem.* Wirceb. 1822.

(9) Fr. 49, D XII, 6. - Cost. 8, C. IV, 34. - Cost. 15, C. IV, 2. - Cost. 13, C. IV, 10.

(10) Fr. 5, §. 1, D. XIV, 1. - Per esempio; *actio emti venditi institoria.* - fr. 5, §. 12, D. XIV, 3.

§. 499. IV. Lex Rhodia de jactu (1).

Allorchè per salvare una nave dal danno di calare a fondo, si getta dal bordo una parte delle mercanzie, per conservare l' altre, se è possibile, o allorquando in tale occasione, le mercanzie rimaste hanno sofferto deterioramento, i proprietarj delle mercanzie gettate o deteriorate, possono esigere, conforme la *Lex Rhodia de jactu*, dai proprietarj della nave e delle mercanzie salvate, una restituzione proporzionale (2). Ecco alcune regole a tal uopo:

1. Quelli che sono tenuti a contribuire alla riparazione del danno sofferto non sono obbligati che per loro parte, e niuno deve risponder per l'altro (3).

2. Calcolando il risarcimento del danno proporzionale, fa d' uopo considerare, quanto alle mercanzie gettate, il prezzo di compra; quanto alle cose salvate il loro prezzo di vendita probabile (4).

3. Se la nave, malgrado il getto, è perita nel frangente medesimo, la dimanda di risarcimento di danno s'estingue, ma sussiste se la nave salvata da tal pericolo è per nuova disgrazia naufragata (5).

4. Nullameno, in diritto romano, colui che aveva sofferta una perdita pel getto, era solo in diritto, allorchè aveva promesso un nolo, d'intentare l' azione *ex locato* contro il padron della nave; questi doveva ricorrere contro il proprietario delle mercanzie salvate ed intentargli contro l'azione *conducti* (6).

§. 500. V. Actio ad exhibendum.

Sovente si possiede una cosa o un atto, che altri ha interesse d'esaminare innanzi d'intentare un'azione, per convincersi esser quella la cosa, che egli ha intenzione di rivendicare, o che l' atto gli concede realmente il diritto da lui reclamato; egli può in tal caso, constatando il suo interesse, intentar l'azione *ad exhibendum* e costringere il possessore della cosa o dell'atto a comunicarglielo per esaminarlo (7). Le spese della comunicazione vanno a carico di chi reclama una tal comunicazione (8). L' azione *ad exhibendum* s'applica anco al caso in cui due cose appartenendo a proprietarj differenti, sono unite l' una all' altra in guisa che la lor separazione può aver luogo senza esser danneggiate; il possessore delle due cose è obbligato, sulla domanda dell'altro, di procedere alla separazione perchè ciascuno vada al possesso della sua (9).

§. 501. VI. Condictio sine causa (10).

Quando una cosa è stata data a chi

---

(1) Paolo, II, 7. - Dig. XIV, 2. - P. Pékius, *Comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes*, cum notis A. Vinnii, p. 188-297. - Glück, *Comm.* part. 14, §. 883. - C. D. Klügmann, *Diss. de lege Rhodia de jactu.* Gœtt. 1817. - P. Tromper, *De lege Rhodia de jactu.* Lovan. 1827. - C. F. T. Serstevens, *De lege Rhodia de jactu.* Ibid., 1826. - E. Spanoghe, *Diss. de lege Rhodia de jactu.* Gandav. 1830.

(2) Fr. 1, D. XIV, 2. - « Lege Rhodia cavetur, ut, si levandæ navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est » fr. 4, §. 2. ibid. - Lo stesso principio s' applica al caso in cui la nave sia stata salvata da altro pericolo pel sacrifizio d' una parte del carico; per esempio, per essere riscattata dalle mani dei pirati; fr. 2, §. 3; fr. 4, pr. ibid.

(3) Fr. 2, §. 6, ibid.

(4) Fr. 2, §. 4, ibid.

(5) Fr. 4, §. 1, ibid.

(6) Fr. 2, pr. D. ibid.

(7) Dig. X, 4. - fr. 1, pr., XLIII, 5. - Dig. II, 13. - Codice, III, 42. - II, 1. - VIII, 7. - Donello, *Comm. jur. civ.* XX, 9; XXIII, 6-8. - Glück, *Comm.* part. 11, §. 741. - C. Einert, *Tract. de actione ad exhibendum.* Lips. 1816.

(8) Fr. 11, §. 2, D. X, 14.

(9) Fr. 6, D. ibid.

(10) Dig. XII, 7. - Codice IV, 9. - Glück, *Comm.* part. 13, §. 836.

in principio, non aveva alcun diritto di ritenerla, o che ha perduto in seguito questo diritto, può essa cosa venir richiesta, coi frutti, accessioni, e interessi (1), per la *condictio sine causa*, in mancanza d'altra azione (2).

§. 502. VII. Condictio ob turpem causam (3).

La cosa data per motivo ingiurioso a colui che l'ha accettata, o con fine turpe (*turpiter acceptum*), può essere richiesta, senza interesse, da chi la dà (4), mediante la *condictio ob injustam s. turpem causam* (5). Se la turpitudine non colpisce che chi l' ha data, non può egli ripetere ciò che ha dato (*turpiter datum*) (6); nè più il può, quando l'onta ha colpito ambedue le parti (*turpiter datum et acceptum*) (7).

§. 503. VIII. Damnum infectum (8).

Quando il proprietario d'una cosa o chi la possiede in virtù d' un diritto reale (9), teme un danno per la caduta di un edifizio vicino che minaccia rovina, ha diritto di esigere una cauzione pel danno che teme (*cautio damni infecti*) (10) dal proprietario dell'edifizio, o da colui che lo possiede in forza d'un diritto reale (11), o dal possessore, ove sia incerto il proprietario (12); non dandosi la cauzione, egli ha diritto di chiedere la *missio ex primo decreto*, per cui il creditore ottiene la custodia della cosa e un diritto di ipoteca o di pegno pretorio. Nel caso in cui la cauzione non sia per anco avvenuta, la *missio ex secundo decreto* ha luogo dopo qualche tempo, e il creditore ottiene la proprietà dell' edifizio, se l' avversario ne era il proprietario; diversamente ottiene il possesso proprio all'usucapione (13).

§. 504. Noxa et pauperies.

Noxa è il danno che lo schiavo altrui reca a qualcuno; il padrone era tenuto a risarcire il danno cagionato, ma poteva liberarsi dando lo schiavo (*noxæ deditio*) (14). Allorchè un animale ha recato del danno, è principio che il proprietario dell'animale è tenuto a ripararlo (15); nullameno non è tenuto che in quanto può esser rimproverabile di colpa, se l'animale era selvaggio (16); e se era domestico, in quanto ha nociuto, senza essere eccitato; è necessario di più che il fatto sia contro la natura di questa specie d'animali (*contra natu-*

---

(1) Arg. fr. 50, pr. D. XXIII, 3. - fr. 32, D. XII, 1.

(2) I passi seguenti ne forniscono gli esempj: fr. 29, D. XII, 6 - fr. 50, D. XXIII, 3. - fr. 5, §. ult.; fr. 6; fr. 33, §. 1; fr. 39; fr. 48, D. XXIV, 1. - Cost. 4, C. IV, 9. - Cost. ult. C. VIII, 43. - C. 2, 3, C. VIII, 35.

(3) Dig. XII, 5. - Codice, IV, 7. - Donello, *Comm. jur. civ.* XIV, 25. - Glück, *Comm.* part. 13, §. 825.

(4) Cost. 4, C. IV, 7.

(5) Fr. 1, 2; fr. 4, §. 2, D. XII, 5.

(6) Fr. 4, §. 3, ibid.

(7) Fr. 3, ibid.

(8) Dig. XXXIX, 2. - Westphal, *De libertate et servitutibus prædiorum*, p. 156, seg. - C. A. Weiske, *De damno infecto ex soli victio*; in ejusd. *Quæst. jur. civ.* pag. 1.

(9) Fr. 11; fr. 13, §. 9, ibid. - Si legge nel primo di questi due passi: *item*, in luogo di: *id est*; si deve intendere egualmente il secondo passo. C. P. a Reizenstein, *Diss. num bonæ fidei possessori deneganda sit damni infecti stipulatio.* Monachi, 1830.

(10) Sul modo di dar cauzione, v. il fr. 30, . 1, ibid.

(11) Fr. 13, §. 1; fr. 19, pr. ibid.

(12) Fr. 39, §. 1, ibid.

(13) Fr. 7, pr.; fr. 15, §. 16, 17; fr. 18, §. 15, D. ibid. - fr. 3, §. 23, D. XLI, 2.

(14) Gajo, IV, 75, 79. - Ist. IV, 8. - Dig. IX, 4. - Glück, *Comm.* part. 1. §. 71, e seg. - Zimmern, *System der ræm. Noxalklagen*, o *Sistema delle azioni noxali dei Romani.* Heidelb. 1818, e sua *Storia del diritto*, t. I, §. 191.

(15) Ist. IV, 9. - Dig. IX, 1.

(16) Fr. 1, §. 10, D. IX, 1. - pr. J. IV, 9.

ram sui generis); un danno di tal fatta dicesi *pauperies* e l'azione diretta contro il proprietario dell' animale, *actio de pauperie* (1). L'azione è diretta quando l'animale era un quadrupede; è utile in rapporto ad ogni altro animale (2), e secondo la regola: *noxa sequitur caput*, è diretta contro chiunque è proprietario dell'animale al momento in cui l'azione è intentata, e non già al momento in cui l'animale ha recato il danno (3). In ogni caso il proprietario ha la scelta di riparare il danno cagionato dall'animale o di rilasciarlo alla persona lesa (*noxæ dare*) (4). Nullameno egli perde questo diritto, allor quando nega scientemente appartenergli l'animale; egli deve in tal caso, risarcire il danno puramente e semplicemente (5). Questa obbligazione però si estingue se l'animale muore prima che l'azione sia intentata (6).

(1) Fr. 1, pr. §. 2, 3, 12, 17, ibid. - Cpr. fr. 52, §. 2, D. IX, 2.

(2) Fr. 4, D. IX, 1. - Colui che senza averne il diritto, ha condotta la sua greggia sul fondo altrui, può essere perseguitato coll'azione *de pastu pecoris*; ma se l'ha condotta sul fondo proprio per farla pascere delle cose altrui che vi si possono trovare, può intentarsi contro di lui un'azione *in factum*; fr. 14, §. 3, D. XIX, 5.

(3) Fr. 1, §. 12, D. IX, 1.

(4) Fr. 1, pr. §. 14, D. IX, 1.

(5) Fr. 1, §. 15, ibid.

(6) Fr. 1, §. 13, ibid.

SEZIONE TERZA

Estinzione dell' Obbligazioni (1).

CAPITOLO PRIMO

Senza restituzione.

§. 505. *Le obbligazioni s' estinguono di pieno diritto, o in via d'eccezione.*

Il diritto romano faceva una distinzione essenziale fra le obbligazioni che si estinguono di pieno diritto, e quelle che solo si estinguono in via d'eccezione (*obligatio tollitur aut* ipso jure, *aut* per exceptionem) (2). Ma questa distinzione non si applicava che alle obbligazioni di stretto gius (*stricti juris*).

1. L' obbligazione estinguevasi di pieno diritto (*ipso jure*), allor quando la causa estintiva distruggeva l' obbligazione, e non poteva in diritto civile darsi più luogo ad azione alcuna. Fra queste cause si colloca, il *pagamento* (*solutio*) la *novazione* (*novatio*) e l'*accettilazione* (*acceptilatio*).

2. L'obbligazione estinguevasi per via d'eccezione (*per exceptionem*), allor quando essa continuava ad esistere in diritto civile, ma il pretore accordava al debitore un' eccezione perpetua opponibile all' azione. Così, a modo d' esempio, quando un debito era stato rimesso per l'accettilazione, l' obbligazione estinguevasi di pieno diritto, e non potevasi in diritto civile intentar più azione di sorta; quando, al contrario, non si era liberati dal debito, che per un patto *de non petendo*, o quando il debitore aveva, a richiesta del creditore prestato il giuramento di non dovergli cosa alcuna, il debito non era estinto di pieno diritto; l'azione poteva sempre intentarsi in diritto civile, ma non sentiva effetto per l'eccezione *pacti conventi, jurisjurandi præstiti* (3). Ma al presente la distinzione fra le obbligazioni che si estinguono per eccezione, non trova più applicazione alcuna, perchè tutte le obbligazioni son di buona fede (*bonæ fidei*). Noi divideremo dunque le cause che estinguono le obbligazioni in *generali*, quelle cioè che estinguono ogni specie d'obbligazione, qualunque sia la loro origine; e in *particolari*, quelle cioè che non estinguono che alcune specie d' obbligazioni.

---

(1) Ist. III, 29 (30). - Donello, *Comm. jur. civ.* XVI.

(2) Gajo, III, 168-181; IV, 116, 117.

(3) §. 2-5, J. IV, 13. - Gajo, IV, 116, 117.

Cause generali d' estinzione.

§. 506. I. *Del pagamento.*
A. *Nozione.*

Alle cause generali d' estinzione delle obbligazioni appartiene il pagamento (*solutio*) (1) il quale, in senso stretto (2), avviene dando o prestando al creditore che l' accetta, ciò che forma l'oggetto dell' obbligazione (*præstatio ejus*, *quod est in obligatione*) (3).

§. 507. B. *Condizioni del pagamento.*
1. *In rapporto alle persone.*

In rapporto alla persona, ogni pagamento è valido allora soltanto che è fatto da persona che ha il diritto d' alienare (4). Sotto questa condizione il pagamento fatto da un terzo per il debitore, anche a sua insaputa e contro sua volontà, se chi paga ebbe l' intenzione di liberare il debitore, è valido, ove il creditore l'accetti (5). Il pagamento deve farsi inoltre al vero creditore o al suo mandatario (6); ma bisogna sempre che il creditore sia capace d' alienare, perchè l' accettazione del pagamento contiene in se stessa un'azione, dacchè estingue una obbligazione (7).

§. 508. 2. *In rapporto all'oggetto.*

Quanto all'oggetto del pagamento:
1. Dev' essere quello stesso che formò oggetto dell'obbligazione, poichè il creditore non può esser costretto ad accettare, contro sua voglia, una cosa diversa da quella che ha diritto di chiedere. Nullameno se il debito consiste in una somma di danaro, se il creditore insiste per esser pagato, e il debitore non può in modo alcuno procurarsi il danaro, gli è permesso d' offrire al creditore in pagamento gli oggetti migliori ch' egli abbia, e di rilasciarglieli a tenore d'una stima giudiciale. Lochè dicesi *beneficium dationis in solutionem* (8).

---

(1) Dig. XLVI, 3. - Cod. VIII, 43. - pr. J. III, 29 (30). - Donello, *Comm. jur. civ.* XVI, 9-12. - J. J. Dubois, *Diss. de solutione.* Lovan. 1826.

(2) Perchè, in un senso più esteso, il *pagamento (solutio)* è l' estinzione d'una obbligazione, in qualunque modo avvenga.

(3) Fr. 176, D. L, 16. - fr. 49, D. XLVI, 3. - *Solutio* si traduce d'ordinario per pagamento. Ma questa parola è troppo ristretta, comecchè significhi comunemente pagamento di una somma di danaro.

(4) §. 2, in fine, J. II, 8. - fr. 14, §. 8, D. XLVI, 3. - fr. 29, D. XII, 6.

(5) Pr. J. III, 29 (30). - fr. 8, §. 5, D. XLVI, 2. - fr. 23, 40, 53, D. XLVI, 3. - J. N. Heert, *De solutione pro alio facta.* Giess. 1701.

(6) Fr. 39, D. III, 5. - fr. 12, pr.; fr. 32; fr. 34, §. 7: fr. 38, §. 1; fr. 39, D. XLVI, 3. - Se il pagamento vien fatto ad un terzo, a modo d'esempio, al creditore del creditore, il debitore non resta liberato se non quando il pagamento vien fatto al terzo di consenso del creditore, o quando questi lo ratifica in seguito, fr. 49, 58, 64, D. XLVI, 3; o quando questi ricusa per frode di ratificarlo, fr. 6, D. XLIV, 4.

(7) Fr. 15, D. XLVI, 3. - §. 2, J. II, 8. - Il tutore di più abbisogna di autorizzazione giuridica per ricevere il pagamento di un capitale, per riscuotere i frutti arretrati di oltre due anni, o che oltrepassano la somma di 500 solidi. Const. 25, 27, C. V. 37.

(8) Fr. 1, §. 1, D. XII, 1. - « Aliud pro alio invito creditore solvi non potest ». Gajo, III, 168. - pr. J. III, 29 (30).

1) Sulla *datio in solutionem*, v. Const. 16, 17, C. VIII. 43. Nov. 4, c. 3. - G. A. Blumenthal, *Diss. de datione in solutum.* Gœtt. 1830.

2) Sul pagamento parziale; fr. 41, . 1, D. XXII, 1.

3) Sul caso, in cui alcuno debba più rate, e paghi in deduzione (imputazione di pagamento); fr. 1-8; fr. 89, §. 2; fr.

2. In generale, all'effetto di liberare il debitore, bisogna che il debitore sia interamente pagato. Questa regola però soffre eccezione per le persone che hanno diritto al *beneficium competentiæ* (1). Il creditore non può in tal caso, esigere dai suoi debitori il pagamento del lor debito in altra somma che in quella per la quale non cadano nella miseria, e conservino sempre mezzi d'esistenza conforme al loro stato; o come dice il diritto romano, essi non possono venir condannati *nisi in quantum facere possunt*. Questo benefizio interamente personale ai debitori, secondo sua natura, e di cui nè gli eredi (2), nè i mallevadori possono profittare (3), appartiene ai conjugi fra loro, specialmente al marito azionato dalla moglie per la restituzione della dote (4); ai genitori in rapporto ai figli (5); ai fratelli e sorelle fra loro (6); ai membri di una società, per ciò che l'uno deve all'altro in conto sociale (7); al socero di fronte al genero per la dote promessa finchè dura il matrimonio (8); ai soldati (9); al donante perseguitato per esecuzione della donazione (10); a colui che ha ceduto tutti i suoi beni ai suoi creditori, perciò ch'egli acquista in seguito (11); al figlio di famiglia per i debiti contratti durante la patria potestà, quando è divenuto erede del padre (12); finalmente il diritto canonico l'accorda ancora agli ecclesiastici (13).

3. Il pagamento deve esser fatto nel tempo e luogo convenuto. Se il luogo è stato determinato, il pagamento deve eseguirsi in quello; se non lo è stato, lo cosa deve esser restituita là dove il debitore l'ha ricevuta; ogni altra prestazione deve essere eseguita nel luogo in cui si trova il debitore (14).

§. 509. C. *Effetto del pagamento.*

Effetto del pagamento è quello di estinguere il credito, e di far del pari cessare tutti i diritti accessorj costituiti per sicurezza del credito, specialmente i diritti di pegno, d'ipoteca e fidejussioni (15).

§. 510. D. *Prova del pagamento.*

Colui che pretende aver pagato,

97; fr. 103, D. XLVI, 3. - Const. 1, C. VIII, 43. - C. G. Gmelin, *Diss. de graviori acusa in quam a debitore ex pluribus causis solutio facta esse præsumitur*. Tübing. 1801. - Sul caso, in cui il pagamento sia effettuato sopra il prezzo di vendita del pegno; fr. 73; fr. 96, §. 3; fr. 97; fr. 101, §. 1; D. XLVI, 3. - fr. 55, D. XLVI, 1. - Cujacio, *Ad leg.* 101, §. 1, *D. de solut.* In ejusd. *Rec t. ad Paulum*. - Idem, *Ad L.* 96, §. 3, D. *de solut.* In ejusd. *Comment. ad Papiniani resp.* Lib. XI.

4) Sulla *condictio triticaria*: Dig. XIII, 3. - Glück, *Comm.* part. 13. §. 843. - Gans, *Delle obblig.* pag. 48.

(1) J. A. Hellfeld, *Diss. de beneficio competentiæ ex proprio æque ac tertii jure*. In Opusc. n. 25. V. anche Holzio nella *Thémis*. t. I, p. 387.

(2) Fr. 25, D. XLII, 1.

(3) Fr. 24, pr. ibid. - fr. 63, §. 1, D. XVII, 2.

(4) Fr. 20, D. XLII, 1. - §. 37, J. IV, 6. - Const. un. §. 7, C. V, 13.

(5) Fr. 16, in fine, ibid. - §. 38, J. ibid.

(6) È tale l'opinione generale. Arg. fr. 63, pr. XVII, 2, a cagione delle parole: « *jus fraternitatis* ».

(7) Fr. 63, pr. cit. - fr. 16, 22, §. 1, D. XLII, 1. - 38, J. IV, 6.

(8) Fr. 21, 22, pr. D. XLII, 1.

(9) Fr. 6, pr.; fr. 18, ibid.

(10) Fr. 19, §. 1, ibid.

(11) Fr. 4, 6, 7, D. XLII, 3. - §. 40, J. IV, 6. - V. per maggiori particolarità, più oltre il §. 766.

(12) Fr. 2, pr. D. XIV, 5. - fr. 49, D. XLII, 1. - Const. 2, 9, C. IV, 26.

(13) Cap. 3, X, 3, 23.

(14) §. 33, J. IV, 6. - Dig. XIII, 4. - Cod. III, 18. - Thibaut, *Sistema*, §. 95, 96. - Sull'azione *de eo, quod certo loco dari oportet* (Dig. XIII, 4), v. Gans, *Delle obbligazioni*, pag. 71, non che i fr. 8, 10, D. XIII, 4. - Glück, *Comm.* 13. part. p. 341.

(15) Pr. J. III, 29 (30). - fr. 43, D. XLVI, 3. - Donello, *Comm. jur. civ.* XVI, 12, 26.

deve giustificarlo, in caso che gli venga negato. Questa prova può esser fornita da tutti i mezzi permessi, da testimonj (1), dal giuramento, e soprattutto dalle quietanze (*apochæ*) (2). Se la quietanza deriva da un pubblico funzionario, fa prova sul momento; se al contrario deriva da un particolare, non ha forza di prova che dopo trenta giorni; fino a tal'epoca, quegli da cui essa deriva, può opporre l'*exceptio s. replica non solutæ pecuniæ*. In seguito, quest' eccezione non può essere opposta (3). Colui che paga imposizioni pubbliche non deve provare, producendo le ricevute degli ultimi tre anni, di avere egualmente pagato le imposizioni degli anni antecedenti, a menochè non esista una recognizione scritta del suo indugio (4).

§. 511. II. *Dell' offerte reali e deposito.*

L'offerte reali di pagamento seguite da deposito, sono il secondo modo d' estinguere le obbligazioni. Infatti quando il creditore ricusa, senza motivo, di ricevere l'oggetto dell'obbligazione offertogli dal debitore, non solo a parole, ma realmente, nel modo convenuto, nel tempo e luogo indicato, questi ha il diritto di depositare l'oggetto giudicialmente. Il deposito produce gli effetti stessi del pagamento, e al pari di questo estingue la obbligazione (5). Esso dipende in generale dalla volontà del debitore, ma è necessario per arrestare il corso dei frutti (6). Il debitore conserva egualmente il diritto di riprendere la somma depositata, finchè non è stata accettata dal creditore, e di riporre così il suo debito con tutte le sue parti, specialmente coi frutti, nel suo stato primitivo (7). Perchè il debitore venga liberato, è necessario il concorso delle offerte e del deposito (*oblatio et depositio*); ma vi sono dei casi nei quali basta anche uno solo dei due. Come nel caso in cui qualcuno deve dei frutti modici e promette, in caso di non pagamento nel giorno indicato, interessi maggiori; le sole offerte lo liberano dalle conseguenze dannose della mora (8). Così ancora nel caso in cui il debitore non può pagare con sicurezza il suo creditore, per esempio, perchè questi è ancor pubere e senza tutore, o perchè il giudice ha sequestrato il credito, o perchè è litigato da più persone; in questi casi, il solo deposito serve a liberare il debitore (9).

§. 512. III. *Della compensazione* (10).

La *compensazione* è il terzo modo

(1) Il debitore il quale ha data una recognizione scritta, che constata il suo debito, e vuol provare *per mezzo di testimoni* di aver pagato, deve produrne *cinque*. Const. 18, C. IV, 20. - Nov. 90, c. 2.

(2) Cod. X, 22. - Nov. 90, c. 2. - Su questa questione: il debitore ha egli il diritto di esiger quietanza? V. la Const. 18, C. IV, 20.

(3) Const. 4, C. X, 29. - Const. 14, §. 2, C. IV, 30. -

(4) Const. 3, C. X, 22.

(5) Const. 9, C. VIII, 43. - Cpr. fr. 72, pr. D. XLVI, 3. - Const. 19, C. IV, 32. - G. Schultz, *Tract. de oblatione, obsignatione et depositione pecuniæ*. Ed. nov. Brem. 1775. - F. Tideman, *Diss. de depositione debiti judiciali*. Gœtt. 1776.

(6) Fr. 7, D. XXII, 1. - Const. 6, 9, 19, C. IV, 32. - Const. 9, C. VIII, 43.

(7) Const. 8, C. VIII, 28. - Const. 19, C. IV, 32.

(8) Fr. 9, § 1, D. XXII, 1. - Const. 9, C. IV, 32.

(9) Fr. 7, §. 2, D. IV, 4. - fr. 18, D. XXII, 1.

(10) Dig. XVI, 2. - Cod. IV, 31. - § 30, 39, J. IV, 6. - Paolo, II, §. 3. - Don. *Comm. jur. civ.* XVI, 15. - P. H. Ankelmann, *Diss. de compensatione et specialim de debito tertii compensando*. Gœtt. 1791. - L. P. Fendius, *Diss. de compensationibus*. Leodii, 1818. - D. N. la Grappe, *Diss. de compensationibus ex juris romani et hodierni principiis*. Lugd.-Bat. 1822. - A. A. Allard, *Diss. de compensationibus*. Tornaci, 1825.

di estinguere le obbligazioni. Allor quando due persone sono rociprocamente debitrici di danaro o di cose fungibili della natura medesima, i loro crediti scambievoli si estinguono unitamente a tutti i loro effetti, dal momento della loro esistenza, l' uno di fronte all'altro, liquidi ed esigibili; si estinguono essi di pieno diritto, e senza necessità di convenzione particolare (1). Allor quando la somma del danaro o la quantità dei due crediti è uguale, si estinguono tutti e due interamente; ma se le somme sono differenti, il maggior credito non s'estingue che fino a concorrenza del minore (2). L'origine delle obbligazioni poco importa; all'effetto di porre in essere la compensazione si può opporre anche un'obbligazione naturale, ma allora essa non produce che gli effetti d'un'eccezione. Ma una obbligazione riprovata dalle leggi non può aver forza per compensare (3). La compensazione può allora essere opposta dall'erede, dal fidejussore, dal cessionario e debitore ceduto (4); ma per eccezione, essa non ha luogo anche allorquando le sue condizioni esistono, quando vi si è reunziato, quando si è debitori d'imposte verso il fisco o del prezzo di compra (5), quando il depositario è perseguitato dall'azione del deposito (6), e quando uno s'impadronisce illecitamente d'un possesso (7).

§. 513. IV. *Della confusione.*

Avvi confusione allor quando due persone, che debbono esistere separatamente una dall'altra perchè il debito possa sussistere, non formano che una sola persona; per esempio, quando una diviene erede dell'altra. Quando la confusione avviene fra il creditore e il debitore principale, s'estingue intieramente l' obbligazione con tutti i suoi accessorj (8); quando, al contrario, avviene fra il debitor principale e colui che è accessoriamente obbligato, o fra questi e il creditore, si estingue soltanto l' obbligazione accessoria (9).

§. 514. V. *Della perdita fortuita della specie dovuta.*

Le obbligazioni s'estinguono egualmente per la perdita fortuita della specie che ne forma l'oggetto (10).

A. Allorquando il credito era d'un *corpo certo*, il debitore è liberato dalla sua obbligazione se la specie perisce senza sua colpa e innanzi che sia in mora, tanto per caso fortuito, quanto per specificazione, che distrugge la proprietà (11).

B. Il credito era, al contrario, alternativo, bisogna distinguere:

1. Se il caso fortuito non può imputarsi a nessuna delle parti, il debitore non è liberato se non quando tutti gli oggetti son periti (12), se perisce soltanto l'uno o l'altro, deve esser dato quello che resta (13).

2. Se l' una o l'altra delle parti è stata cagione della perdita, per sua colpa o mora, bisogna distinguere fra il debitore e il creditore.

---

(1) Fr. 1, 3, D. XVI, 2. - Const. 4, 14, C. IV, 31.

(2) Const. 4, C. ibid. - Cpr. §. 30, 39, J. IV, 6.

(3) Fr. 6; fr. 14, D. XVI, 2.

(4) Fr. 4, 5, 16, pr.; fr. 18, pr. D. XVI, 2.

(5) Fr. 46, §. 5, D. XLIX, 14. - Const. 7, C. IV, 31.

(6) §. 36, J. IV, 6. - Const. 14, §. 1, C. VI, 31. - Const. 11, C. IV, 34.

(7) Const. 14, §. 2, C. IV, 31.

(8) Fr. 75; fr. 95, §. 2; fr. 107, D. XLVI, 3. - fr. 71, pr. D. XLVI, 1.

(9) Fr. 43, 93, §. 2, 3, D. XLVI, 3.

(10) Non così avviene, allorquando l'objetto del credito è formato da un genere e da una quantità. Per esempio: Const. 11, C. IV, 2.

(11) « Debitor specici liberatur interitu rei: » - fr. 23, D. XLV, 1. - Cpr. fr. 82, §. 1, ibid. - fr. 15, §. 3, D. VI, 1. - fr. 14, §. 1, D. XVI, 3. - fr. 20, D. XIII, 1. - fr. 5, §. 2, D. XVIII, 5.

(12) Fr. 34, §. 6, D. XVIII, 1.

(13) Fr. 2, §. 3, D. XIII. 4,

a) Se è il debitore, egli è tenuto, quando tutti gli oggetti son periti, a indennizzare il creditore in proporzione del suo credito; quando sussiste un oggetto e che la scelta appartiene al creditore, egli ha diritto di domandar quest'oggetto o il valore di quello che è perito.

b) Ma se la colpa è del creditore, il debitore è libero, anche per la perdita dell'uno dei due oggetti alternativamente promessi (1).

§. 515. VI. *Del concorso di due titoli lucrativi.*

Allor quando una persona ha diritto d'esigere qualche cosa a titolo lucrativo, il suo credito, s'estingue s'ella acquista la cosa medesima in forza d'un altro titolo lucrativo (2).

§. 516. VII. *Della novazione* (3).
A. *Nozione.*

Il diritto romano intende per novazione la trasformazione dell'obbligazione esistente, in una nuova, diversa dalla prima in quanto alla forma. Questa trasformazione doveva esser fatta, in diritto romano, per contratto formale, sia verbale, sia letterale (*verbis aut literis*) (4). Ma questa distinzione non esistendo più al presente, può dirsi che la novazione, è una convenzione fatta con intenzione di sostituire una nuova obbligazione all'antica, che si estingue (5). Quattro condizioni si richiedono per porre in essere la novazione.

1. Il consenso di coloro che la pongono in essere (6).

2. L'intenzione espressa di novare (*animus novandi*); diversamente esistono due obbligazioni, la vecchia e la nuova (7).

3. L'esistenza d'una obbligazione, di qualunque siasi natura (8).

4. Infine, una nuova obbligazione valida; poichè non essendo tale, la novazione estingue l'antica obbligazione, senza rimpiazzarla con una nuova (9).

---

(1) Fr. 95, pr. §. 1, D. XLVI, 3. - fr. 105, D. XLV, 1.

(2) Fr. 17, D. XLIV, 7. - fr. 83, §. 6, D. XLV, 1. - Il §. 6, J. II, 20, ne porta un esempio.

(3) Gajo, II, 38-39, III, 176-179. - §. 3, J. III, 29 (30). Dig. XLVI, 2. - Cod. VIII, 42. - Don. *Comm.* XVI, 20.

(4) Fr. 1, §. 1; fr. 2, D. XLVI, 2. - J. C. Hasse, *Diss. An novatio voluntaria esse possit citra stipulationem.* Kilon, 1811. - Gajo prova, III, 129, 130, che nell'antico diritto, poteva farsi anche *literis.* Ma comecchè l'antica obbligazione da molto tempo non esistesse più sotto Giustiniano, facilmente si spiega perchè, ne' suoi libri di diritto, la novazione venga rappresentata come una *translatio obligationi in* verborum *obligationem.*

(5) I moderni fanno una distinzione fra la *novazione cumulativa* e la *novazione privativa*, secondochè l'obbligazione esistente rimane ed è convalidata, a modo d'esempio, dal giuramento o da una clausula penale, o secondochè una nuova subentra alla prima. I Romani non davano mai alla prima il nome di *novazione*, imperocchè ogni novazione è, presso loro, privativa, nel senso che vi annettono i moderni.

(6) Const. 1, 6, 8, C. VIII, 42. - Ne deriva che, per lo meno nel nuovo diritto, ogni novazione sia *volontaria.* Infrattanto la distinzione, che faceva l'antico diritto, di novazione *necessaria* e *volontaria*, si giustifica fino ad un certo punto. La prima era una conseguenza della *contestazione della lite* e della *cosa giudicata*, ma solo allorquando il processo era un giudizio legittimo. Gajo, III, 180, 181. - Fragm. Vat. §. 263. - fr. 11, §. 1; fr. 20, D. XLVI, 2. - Rippentrop, *Diss. de novatione necessaria.* Gœtt. 1825.

(7) Fr. 2; fr. 8, §. 2, 5; fr. 20, D. XLVI, 2. - Const. 8, C. VIII, 42. - Giustiniano dichiara priva di effetto ogni novazione tacita e presunta. V. anche §. 3, J. III, 29 (30). - Teofilo, sul §. 3, Inst. cit. - Crell, *Diss. de animo novandi factis expresso.* Viteb. 1734, §. 4. - Idem, *Diss. et Programm.* Halæ, 1775, fasc. 4.

(8) Fr. 1, §. 1, D. XLVI, 2. - Del resto può farsi una novazione da altre persone, dalle quali si può stipulare; fr. 20, D. ibid. - Paolo, V, 8.

(9) §. 3, J. cit. - fr. 20, §. 1, D. XLVI, 2. - Gajo, III, 176.

§. 517. B. *Diverse specie di novazione.*

La novazione si pone in essere in modi diversi:

A. In fatto, *il debitore e il creditore rimangono gli stessi.* Così nei casi in cui l'obbligazione è informata da un'altra causa, od altro oggetto è collocato in luogo di quello, che già è nell'obbligazione (1), o le clausule accessorie relative al tempo al luogo, alla condizione, alla cauzione ec. son modificate (2).

B. *Un nuovo debitore subentra al vecchio.* Questa specie di novazione può esser fatta in due modi:

1. Per accordo fra il creditore e il nuovo debitore, senza intervento dell'antico debitore; questa novazione dicesi *ex-promissio* (3).

2. Per trasmissione del debito dal debitore in altri, accettato dal creditore; questa novazione, che dicesi *delegatio*, esige il consenso del creditore, e dell'antico e nuovo debitore (4).

C. *Un nuovo creditore subentra all'antico*: il creditore trasmette il suo diritto ad altri riconosciuto dal debitore. Questa novazione dicesi parimente *delegatio*, e differisce dalla *cessio nominis*, in quanto questa non contien novazione, giacchè il debitore non è liberato di fronte al suo antico creditore, come nella delegazione (5).

§. 518. C. *Effetti della novazione.*

La novazione produce l'effetto d'estinguere l'antico debito con tutti i diritti accessorii (6), e di porre in sua vece un nuovo debito che, in diritto romano, è un obbligazione verbale sostenuta da un'azione *ex stipulatu* (7). Ne segue:

1. Che nell'*expromissio* e delegazione d'un *debito*, l'antico debitore resta liberato, anche allorquando il nuovo debitore è, o diviene insolvibile; a menochè il creditore non siasi riservato un ricorso contro l'antico debitore (8). Nè l'espromissore, nè il debitore delegato può prevalersi contro il creditore delle eccezioni che egli avrebbe potuto opporre all'antico debitore, o che questi avrebbe potuto far valere contro il creditore (9).

2. Del pari che, nella delegazione di un credito, il nuovo creditore, nel caso in cui egli non potesse ottenere pagamento dal debitore, non ha alcun ricorso contro l'antico debitore se non l'ha espressamente stipulato; ma d'altra parte, non è soggetto alle eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre all'antico creditore (10).

§. 519. VIII. *Del patto remissorio.*

Il patto remissorio estingue del pa–

---

(1) Fr. 58, D. XLV, 1. - fr. 9, §. 2, D. XLVI, 2.

(2) Disputavan gli antichi quanto alla condizione ed alla cauzione, sulla questione a risolversi se e quando la novazione avrebbe luogo. Gajo, III, 177-179. - fr. 8, §. 1; fr. 14, pr. §. 1, D. XLV. 2. - Ma Giustiniano decise che si dovesse riportarsene alla volontà espressa delle parti. - Const. 8, C. VIII, 42. - §. 3, J. III, 29 (30).

(3) Fr. 8, §. 5, D. XLVI, 2. - Const. 25, C. II, 3. - L'*expromissio* è una specie d'intercessione; le donne non possono dunque validamente porla in essere (§. 436, 441).

(4) Fr. 11, 17, D. XLVI, 2 - Const. 1, 6, C. VIII, 24.

(5) Cost. 3, C. VIII, 42. - Const. 2, C. IV, 10.

(6) Nondimeno, i diritti di pegno costituiti per la sicurezza del debito estinto e il loro privilegio possono venir conservati pel nuovo credito; fr. 29, D. XLVI, 2. - Le condizioni passano tacitamente alla nuova obbligazione; fr. 14, §. 1, D. XLVI, 2.

(7) Fr. 1, pr.; fr. 15; fr. 18, D. XLVI, 2. - §. 3, J. III, 29 (30).

(8) §. 3, J. cit. - fr. 45, §. 7, D. XVII, 1.

(9) Fr. 12, 13, 19, D. XLVI, 2.

(10) Const. 3, C. VIII, 42. - Avviene altrimenti nel caso della semplice cessione V. il §. 337.

ri le obbligazioni (*pactum de non petendo, pactum remissorium*). Si può liberare da tutti i debiti e crediti, in tutto o in parte, per semplice convenzione fra creditore e debitore. Un patto remissorio, *pactum de non petendo*, non estingueva, in diritto romano, l'obbligazione che per eccezione (1); estinguevan però dei patti legittimi, che producevano eccezionalmente, l'effetto d'estinguer l'obbligazione di pieno diritto (2).

§. 520. IX. *Diverse altre cause d'estinzione.*

Finalmente, vi sono diverse altre cause che estinguono le obbligazioni: tali sono gli atti di ultima volontà (3), il giuramento, una sentenza, che abbia acquistato forza di cosa giudicata (4); le azioni si estinguono in particolare per la prescrizione di cui abbiamo più sopra parlato.

Cause particolari d'estinzione.

§. 521. I. *Dell'accettilazione.*

Le obbligazioni verbali e le consensuali si estinguono egualmente per cause particolari, le prime per l'*accettilazione*, le seconde pel dissenso (*mutuus dissensus*) (5). L'accettilazione è una stipulazione che fa cessare un'obbligazione consentita per stipulazione (6). Essa non può estinguere *che* l'obbligazione fondata sulla stipulazione (7), ma ogni debito può trasformarsi, per novazione, in una obbligazione verbale, e si estingue allora per l'accettilazione (8). All'effetto d'estinguere per mezzo dell'accettilazione una serie intera di debiti, il giureconsulto Aquilio Gallo inventò una formula generale, che gli trasformava tutti, per novazione, in una obbligazione verbale, e gli estingueva quindi per l'accettilazione. La quale stipulazione dicesi *stipulatio aquiliana* (9).

§. 522. II. *Del mutuo dissenso.*

Il mutuo dissenso (*contrarius consensus s. dissensus*) consiste nell'accordo che le parti fanno d'estinguere una obbligazione nata fra loro per sem-

---

(1) §. 3, J. IV, 13. - fr. 21, 27, 32, D. II, 14.

(2) Fr. 6; fr. 7, §. 14 in fine; fr. 17, §. 1, 2; fr. 30, pr. D. ibid. - Don. *Comm. jur. civ.* XII, 4. - A. Steger, *Diss. de natura et indole pacti de non petendo.* Lips. 1727. - Glück, *Comm.* part. 4. p. 219.

(3) Per esempio, per un legato di liberazione; fr. 1, pr. D. XXXIV, 3. - V. più sotto, il §. 709.

(4) Fr. 1, D. XLII, 1. - fr. 43, D. XII, 9, combinato col fr. 2, D. XII, 2. - Arg. fr. 56, D. XLII, 1. - §. 207, D. L, 17.

(5) Fr. 35, D. II, 17. - « Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur; nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur » - fr. 153. ibid. « Fere quibuscunque modis obligamur hisdem in contrarium actis liberamur » fr. 30, D. XLVI, 8.

(6) Dig. XLVI, 4. - Cod. VIII, 44. - §. 1, J. III, 29 (30). - Essa riceve il suo nome dalla risposta del creditore dietro la dimanda del debitore: « Quod tibi spopondi habesne acceptum? - Acceptum tuli ». - Gajo, III, 169.

(7) Fr. 8, §. 3, D. XLVI, 4.

(8) §. 1, J. III, 29 (30).

(9) Trovasi al §. 2, J. ibid. ed al fr. 18, D. XLVI, 4. - Cpr. anche fr. 4, D. II, 15. - Gajo, III, 170. - C. G. Haubold, *Fragm. Græcum de obligat. causis et solutionibus, impr. de stipulatione aquiliana, ab Ang. Maio nuper in lucem protractum iterum ed. et brev. annot. illustr.* Lips. 1817. - Th. Fraser, *De stipulatione aquiliana.* Lugd. Bat. 1825.

plice consenso (1). La volontà contraria può valere soltanto finchè l'obbligazione non è condotta a termine (*rebus integris*), imperocchè allorquando il nuovo accordo tien dietro all'esecuzione dell' obbligazione primitiva, questa non rimane estinta; si forma piuttosto una nuova obbligazione (2).

CAPITOLO SECONDO

Con restituzione (3).

§. 523. *a.* I. *Nozione della restituzione in intero.*

La restituzione in intero (*in integrum restitutio*) consiste, per diritto romano, in ciò che per cagion d'equità può render nullo un atto strettamente valido in diritto civile, per opera del Pretore, sulla istanza di una delle parti che quest'atto ha lesa; la restituzione ritorna le parti nello stato in cui si trovavano prima che l'atto avesse luogo (4). Bisogna ricercare nell'eccessivo rigore dell' antico diritto civile la causa che dette luogo alla introduzione della restituzione in intero. Infatti, a norma di questo diritto, molti atti che non sarebbero stati validi giusta i principj generali del diritto, sortivano nullameno i loro effetti, purchè la forma civile si fosse osservata. Per questo motivo, il Pretore accordava contro tali atti un' eccezione, e se questa rimaneva senza effetto, concedeva la restituzione in intero (5). Per un somigliante motivo, il pretore restituiva egualmente contro il danno che taluno soffriva per prescrizione od omissione valevole in diritto civile. Le restituzioni in intero hanno dunque per base, da primo l' Editto del Pretore, ma in seguito vennero estese per costituzioni.

Fra le restituzioni introdotte dalle costituzioni imperiali, e che per tal ragione si dicono anche restituzioni civili, si novera: 1. la restituzione contro sentenza che ha acquistato forza di cosa giudicata, ma che si

---

(1) §. 4, J. III, 29 (30). - Dig. XVIII, 5. - Codice IV, 45. - fr. 35. D. L, 17. - fr. 30, D. XLVI, 3.

(2) Fr. 58, D. II, 14. - Infatti l' obbligazione primitiva è già estinta per mezzo del pagamento (*solutione*). - Cpr. fr. 5, pr. §. 1, D. XVIII, 5.

(3) *Fonti:* Paolo, *Sent. rec.* J. I, 7, 9. - Cod. Teod. 11, 15, 16. - Dig. IV, 1-7; XLIV, 4. - Cod. Giust. II, 20, 55.

Bibliografia: Sforzia Oddo. *De restitutionem in integrum.* Venet. 1584, e Francf. 1672. - Cujacio, *Ad tit. dig. de in integrum restitutionibus.* In *Oper.* t. 1, p. 975, seg. - Duareno, *Comm. in primam partem Pand. IV*, 1-6. In *Oper.* pag. 74, seg. - Donello, *Comm. jur. civ.* XXI, 4-14. - Dompierre de Jonquières, *De restitutionibus in integrum.* Lugd.-Bat. 1767. - Ad. Goth. Prasse, *Historia juris civ. de restit. in integr.* Hildburgh. 1783. G. C. Gmelin, *Principia generalia restitutionis in integrum prætoriæ.* Tubing. 1809. - Glück, *Comm.* 5. part. §. 431, 459, 6. part. 460-473. - Zimmern, *Istor. del diritt.* t. III, §. 101-107. - G. C. Burchard. *Die Lehre der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.* Gœtt. 1831.

(4) Paol. *Sent. rec.* 1, 7, 1. - Fr. 1, §. 27, D. XLVIII, 18. - fr. 27, D. XLVIII, 19. - Const. 1, C. IX, 51. - È per questo motivo che ella si dice: *redintegratio causæ jure civili amissæ*, ovvero *instauratio negotii*, Cost. 2, C. II, 41. - Cost. 2, C. II, 22.

(5) Gajo, IV, 116. - §. 1-5, J. IV, 13, e Teofilo sopra questo passo. - Fr. 1, D. IV, 1.

basa su testimonianze o documenti attaccati di falsità (1); 2. la restituzione contro un giuramento principale e necessario, prestato a richiesta del giudice, ritrovando nuovi documenti; perchè non si accorda restituzione contro il giuramento deferito (2); 3. la restituzione contro l'adizione d'una eredità gravata di molti debiti non conosciuti al tempo dell'adizione (3).

§. 524. b. *Condizioni della restituzione pretoria* (4).

La restituzione pretoria non s'accorda che verificandosi il concorso delle condizioni seguenti:

1. Bisogna che esista una importante lesione (5), prodotta dall'atto, o dall'omissione dell'atto, senza che possa attribuirsene al leso la colpa (6).

2. Un motivo legittimo di restituzione (7).

3. Che non siavi altro mezzo in diritto per allontanar la lesione. Non vi è dunque luogo, per regola generale, a restituzione alcuna, quando l'atto è nullo anche per diritto civile, o quando, per lo meno, può essere attaccato di nullità (8).

§. 525. c. III. *Della procedura in materia di restituzione.*

La restituzione in intero si vuol riguardare come un benefizio della legge; deve dunque venir sempre domandata (9), e quanto al modo di perseguitarla, deve intentarsi:

1. Direttamente, mediante un'*azione* quando il leso deve perseguitare il suo diritto per mezzo di un'azione, o perchè l'atto è consumato, o perchè ha di già sofferto un danno. Questo caso dava luogo, nell'antico diritto romano, a un doppio procedimento, a un *judicium rescindens*, e ad un *judicium rescissorium*. Nel primo non si aveva che a esaminare se nelle circostanze, eravi luogo ad accordare la domandata restituzione. Il Pretore decideva questa questione, giusta una cognizione straordinaria (*extraordinaria cognitio*). Quando la restituzione veniva accordata all'attore, egli rientrava nei suoi diritti e azioni primitive, come se non le avesse mai perdute; egli intentava la sua azione contro l'avversario, come un *actio recissoria* o *restitutoria*, e in tal caso il Pretore accordava un *judicium*, vale a dire, nominava un giudice; in tal guisa era introdotto il processo ordinario o il giudizio rescissorio sul principale (10). Per diritto romano posteriore, si combinarono i due processi, e il giudice, dopo aver intese le parti (*causa cognita*), pronunziava nel tempo stesso sulla restituzione e sul principale.

2. In forma d'eccezione, quando l'atto lesivo non è consumato, e il leso è azionato per l'esecuzione dell'atto, o quando l'atto è eseguito, ma il leso è ritornato, per caso fortuito,

---

(1) Fr. 33, D. XLII, 1. - Cod. VII, 58.

(2) Fr. 31, D. XII, 2. - Cost. 19, C. II, 4.

(3) Gajo, II, 163, in fine.

(4) Burchard. §. 4-11.

(5) Fr. 4, D. IV, 1. - fr. 9, pr.; fr. 16, §. 4; fr. 49, D. IV, 4.

(6) Fr. 7, pr. D. IV, 1. - fr. 16, 27, D. IV, 6. - fr. 11, §. 4, 5. - fr. 7, §. 8, D. IV, 4. - fr. 21, §. 6, D. IV, 2. - Il minore soltanto gode della restituzione anche allorquando ha agito imprudentemente, fr. 44, D. IV, 4. - Gajo, II, 163, IV, 57.

(7) Fr. 1, 3, D. IV, 1.

(8) Fr. 16, pr. §. 1, 4, D. IV, 4. - fr. 1, §. 1, 7, 8. - fr. 7, D. IV, 3. - fr. 21, §. 3, D. IV, 2. - Frattanto questa regola è soggetta a delle eccezioni. - Vedi la Cost. 3, C. II, 20. - Cost. 3, C. II, 25.

(9) Fr. 69, D. L, 17. - fr. 25, §. 1, D. IV, 4.

(10) §. 5, J. IV, 6. - fr. 35, pr. in fine, D. XLIV, 7. - fr. 13, §. 1, D. IV, 4. - Vinio, *Select. quæst.* I, 10. - Glück, *Comm.* part. 5. p. 408. - Sopratutto S. W. Zimmern, *Diss. de judicio quod vocant rescindente ac rescissorio.* Heidelb. 1826.

nel possesso della cosa che l'atto gli aveva fatto perdere (1).

3. Infine, come replica e duplica (2).

§. 526. d. IV. *Durata della restituzione* (3).

Relativamente a sapere dentro quale spazio di tempo la restituzione deve esser chiesta, bisogna esaminare in qual modo si fa valere:

1. Se è dimandata direttamente, in via d'azione, deve essere intentata nello spazio di quattro anni (4). Questo spazio comincia a decorrere per i minori, dal momento della loro maggiorità, e per i maggiori, dal momento in cui hanno avuto cognizione della lesione, e che sono in stato di potere azionare (5).

2. Se è domandata sotto forma d'eccezione o di duplica, può opporsi in qualunque tempo (6).

3. Finalmente, quando si fa valer come replica, deve esser fatta nel medesimo spazio in cui l'azione in restituzione s'estingue (7).

§. 527. e. V. *Effetti della restituzione.*

Effetto della restituzione in intero è generalmente quello di ritornare, per quanto è possibile, le cose tutte nello stato in cui si trovavano prima della celebrazione dell'atto. Ciascuna delle parti è dunque in obbligo di rendere ciò che ha ricevuto dall'altra, con l'accessioni e i frutti, fino a che questi non sian compensati dall'interessi posanti sul danaro che devesi egualmente restituire (8); le parti debbono rimborsarsi anco le spese necessarie ed utili fatte sulla cosa, durante il loro respettivo possesso (9). Colui che viene rimesso in un diritto che aveva perduto, o al quale aveva rinunziato, rientra nell' esercizio di questo diritto ed è liberato dall' obbligazione cui erasi impegnato (10).

§. 528. f. VI. *Per chi e contro chi può esser chiesta la restituzione.*

Relativamente alle persone per cui e contro cui può domandarsi la restituzione, bisogna osservare:

1. Che il benefizio della restituzione può essere invocato dal leso non solo, ma anco dagli eredi (11),

---

(1) Fr. 9, §. 3, D. IV, 2.

(2) Fr. 9, §. 4, D. XII, 2.

(3) Ch. F. Glück, *De vita petendæ restitutionis in integrum prætoriæ.* In *Opusc.* fasc. 2, pag. 259; fasc. 4, p. 1. - I. C. Koch. *De præscriptione restitutionis in integrum.* Giess. 1780. Thibaut, *Della prescrizione*, §. 49. - Unterholzner, *De la prescriptione*, t. II, p. 1, 20. - Burchard, §. 27.

(4) Secondo l' antico diritto tutte le azioni per la restituzione, eccettuate quelle che erano accordate per causa di una diminuzione di capo *(propter capitis diminutionem)* dovevano essere intentate nel termine di un anno utile *(intra annum utilem)*. Fr. 1, §. 1, D. IV, 6. - Fr. 19, 39, pr. D. IV, 4. - fr. 28, 29, D. XLIII. - fr. 1, pr.; fr. 10, pr. §. 18, D. XLII, 8. - Secondo le disposizioni di Costantino e di Giustiniano l' azione *de dolo malo* deve essere intentata e purgata *intra biennium continuum* (Cost. un. C. Teod. II, 16. - Cost. 7, C. II, 53. - Cost. 8, C. II, 21,) e le restituzioni per mancanza di età e per lontananza devono essere domandate *intra quadriennium continuum.* Cost. 2, pr. C. Teod. II, 16. - Cost. 7, C. II, 53.

(5) Cost. 7, pr. C. II, 53. - Cost. 8, C. II, 21. - Cost. 4, C. II, 20.

(6) Fr. 5, §. 6, D. XLIV, 4. - Cost. 5, C. VIII, 36.

(7) Fr. 9, §. 4, D. XII, 2. - Cpr. il §. 205.

(8) Fr. 24, §. 4, D. IV, 4. - Cost. un. pr. C. II, 48. - Cpr. fr. 23, §. 2; fr. 28, §. 6, D. IV, 6. - fr. 27, §. 1; fr. 40, §. 1, D. IV, 4.

(9) Fr. 39, §. 1, D. IV, 4.

(10) Cost. un. §. 1, 2, C. II, 48. - Cpr. Cost. 2, C. II, 40. - Cost. 8, C. II, 22.

(11) Fr. 6, D. IV, 1. - fr. 18, §. 5, D. IV, 4. - Ma bisogna che il defonto

cessionarj (1), e mallevadori (2), anche quando egli non se ne fosse giovato (3).

2. Ma che in generale non può essere intentata che contro colui, col quale si è contrattato, e non mai contro il terzo possessore, tranne;

a) Quando l'azione in restituzione è un *actio in rem scripta* (4).

b) Quando il diritto che si è perduto, e nel quale siamo reintegrati, è un diritto reale (5).

§. 529. g. *Diverse cause di restituzione* (6).

La restituzione pretoria ha per base, o una causa espressamente determinata nell' Editto (7), o la causa generale del pretore aggiunta all' Editto della restituzione per causa d'assenza: *item si qua alia mihi justa causa esse videbitur in integrum restituam* (8).

§. 530. h. I. *Della restituzione per cause determinate.*
A. *Per causa di violenza* (9).

Colui che per violenza illegale o per un timore reale, era forzato ad un atto per lui dannoso, ma valido in vigore di diritto a malgrado la forza, aveva diritto di chiedere per tal motivo la restituzione contro quest'atto (10). Il pretore gli restituiva:

1. L'azione derivante dal diritto che egli aveva perduto, e glie l'accordava come azione utile, come se l'avesse sempre conservata. Quest'azione primitiva restituita prendeva il nome d'*actio rescissoria s. restitutoria*, e nulla perdeva della sua natura; cioè, era reale o personale conforme la natura del diritto restituito (11).

2. Il pretore in oltre accordava al leso una nuova azione, indipendente dalla prima, l'azione *quod metus causa* (12), non solo contro colui che aveva usato la violenza (13), ma anche contro i suoi eredi in quanto erano divenuti più ricchi (14), e contro il terzo possessore, e fosse a

---

non vi abbia mai rinunziato, e che il termine della restituzione non sia scaduto, non profittando l'erede, che dal tempo che resta a decorrere dalla morte. - fr. 19, D. IV, 4. - Cost. un. C. II, 34.

(1) Fr. 24, pr. D. IV, 4. - fr. 14, §. 2, D. IV, 2.

(2) Fr. 7, §. 1; fr. 19, D. XLIV, 1. - Salvo che, allorquando si è espressamente data cauzione per garantire il creditore di fronte il benefizio della restituzione. - fr. 9, §. 3, D. XIV, 6. - fr. 13, pr., D. IV, 4. - Cost. 2, C. II, 24.

(3) Fr. 14, §. 2, D. IV, 2. - Cost. 5. §. 1, 3, C. II, 53.

(4) Fr. 9, §. 8, D. IV, 2.

(5) §. 5, J. IV, 5.

(6) Dig. IV, 1-7. - Cod. II, 20, 55.

(7) Fr. 1, 2, D. IV, 1. - « Præter hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit: sive *metu*, sive *calliditate*, sive *ætate*, sive *absentia* inciderunt in capitagionem, sive per *status mutationem* aut *justem errorem*.

(8) Fr. 1, §. 1, in fine, D. IV, 6. - Cpr. fr. 26, §. 9, ibid.

(9) Dig. IV, 2. - XLIV, 4. - Cod. II, 20. - Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 40. - G. Fr. Walch, *De negotiis et actibus vi metuve extortis ex jure romano partim ipso jure nullis, partim a prætore rescindendis*. Jenæ, 1790. - Glück, *Comm.* seconda parte, §. 444. - Zimmern, *Ist. del dritt.* t. III, §. 102. - G. B. de Tennes. *De eo quod metus causa gestum erit jure romano*. Lovanio, 1824. - Burchard. §. 18, 19.

(10) Fr. 1, D. IV, 2. - Cpr. fr. 3, §. 1; fr. 7; fr. 8, §. 3; fr. 21, §. 1; fr. 25, §. 2, D. ibid. - Cost. 9, C. II, 20.

(11) Fr. 9, §. 4-8, D. IV, 2. - Cost. 3, C. II, 20.

(12) Fr. 9, §. 4-6; fr. 14, §. 5, D. ibid.

(13) Ed anche allor quando non possedesse più la cosa. - fr. 14, §. 5. D. ibid.

(14) Fr. 16, §. 2, ibid. - Cpr. Cost. un. C. IV, 17. - L'azione apparteneva egualmente a quello che aveva interesse che

buona fede della cosa oggetto della violenza (1); quest'azione mirava a far restituire la cosa con tutto ciò che le apparteneva (2).

3. Infine, il leso poteva ancora, secondo le circostanze, difendersi, per mezzo dell'azione *quod metus causa*, contro chiunque lo perseguisse a cagione dell'atto violento, o che rivendicasse da lui la cosa, oggetto della violenza (3).

§. 531. i. B. *A causa di dolo* (4).

Se taluno era stato condotto con dolo a porre in essere un atto valido in diritto civile non ostante il dolo, il pretore non gli accordava l'azione *restitutoria*, come nel caso della violenza e del timore *(vis et metus)*, vale a dire, non era restituita l'azione primitiva; colui che era stato ingannato non poteva chiedere la restituzione che per mezzo dell'*exceptio* o *replica doli* (5), concessagli contro quegli che aveva fatto uso del dolo, e contro il terzo acquirente della cosa oggetto del dolo, quando l'aveva acquistata in modo lucrativo, o si aggirava in mala fede acquistandola a titolo oneroso (6). Ma quando colui che era stato ingannato non poteva opporre l'eccezione del dolo, nè presentare alcun altro mezzo di diritto, il pretore gli accordava l'azione *de dolo malo* contro chi aveva posto in opera il dolo e contro i suoi eredi locupletati dal dolo (7); quest' azione mirava a far restituire la cosa, oggetto del dolo, con tutti i suoi accessorj: e quando la restituzione non era possibile, tendeva all'indennità fissata dal leso, ma che il giudice poteva moderare (8). L'azione *de dolo malo*, era soggetta, come *actio famosa*, a molte restrizioni (9), e nei casi in cui non veniva accordata, si dava un'azione *in factum*, ogni altro mezzo mancando (10).

§. 532. k. C. *Per causa di minorità* (11).
1. *Principio generale*

Quando un minore, l'individuo cioè che non ha compìti i 25 anni (12), ha sofferto danno contraendo un atto strettamente valido in diritto, o omettendo un' azione, egli può sempre chiedere la restituzione pel solo motivo che all'epoca in cui ha posto in essere od ha messo l' atto, non era maggiore (13). In ciò consiste il be-

---

la violenza non fosse esercitata. - fr. 14, §. 6, 8, ibid. - Cpr. fr. 7, §. 1, D. XLIV, 1.

(1) Fr. 14, §. 3, 5; fr. 9, §. 6, 8, D. ibid.

(2) Fr. 12, pr. D. IV, 2.

(3) §. 1. J. IV, 13. - fr. 9, §. 3, D. IV, 2. - Cost. 5, C. VIII, 39. - Cost. 5, C. VIII, 36. - Cpr. fr. 4, §. 33, D. XLIV, 4.

(4) Dig. IV, 3. - XLIV, 4. - Cod. II, 21. - Glück, *Comm.* quinta parte, §. 452. - Zimmern, *Ist. del diritt.* t. III, §. 103.

(5) Fr. 1, pr. §. 1; fr. 2, pr. D. XLIV, 4. - Zimmern, *De judicio resc.* pag. 8.

(6) Fr. 4, §. 27-32, D. XLIV, 4.

(7) Fr. 1, pr. §. 1; fr. 17, §. 1; fr. 26, D. IV, 3.

(8) Fr. 18, pr. D. IV, 3. - fr. 2; fr. 5, §. 3, D. XII, 3.

(9) Intanto relativamente al *tempo* pendente il quale (Cost 8, C. II, 21) quanto in rapporto alla *persona*, contro cui (fr. 11, §. 1, D. IV. 3. - Cost. 5, C. II, 21) ed alla elevatezza del danno per cui cagione ella poteva essere intentata (fr. 9, §. 5; fr. 10, D. IV, 3.) - Cpr. fr. 5, 38, D. ibid.

(10) Fr. 11, in fine; fr. 12; fr. 28; fr. 29, ibid.

(11) Gajo, IV, 57, in fine. - Paolo, I, 9. - Cod. Teod. II, 16. - Dig. IV, 4. - Cod. II, 22-25. - Doneau, *Comm. jur. civ.* XXI, 6, 13. - I. C. G. de Hedemann. *Diss. de auxilio, quod ætati impertitur, sive de restitutione minorum.* Gœtt. 1751. - Glück, *Comm.* parte 5, §. 456. - Zimmern. *Ist. del diritt.* t. I, §. 237; t. III, §. 105.

(12) Il tempo della minore età si conta *naturaliter*, riguardo alla restituzione, cioè, che uno resta minore finchè non ha compìto l'ultimo momento dell'anno venticinquesimo. - fr. 3, §. 3, D. IV, 4.

(13) Fr. 1, pr. §. 1, 2, D. IV, 4. - Cost. 5, pr., C. II, 22. - Cost. 2, C. II, 25. - Cost. 11, C V, 71. - Il minore deve avere lo restituzione, anche quando egli è stata

nefizio della legge in pro dell'età minore o l'*jura minorum*.

§. 533. i. 2. *Da chi e contro chi può esser chiesta questa restituzione.*

La restituzione per causa di minorità appartiene:

1. In generale, a tutti i minori per tutti gli atti o omissioni per cui hanno risentito danno (1). Nullameno questa regola, va incontro alle seguenti eccezioni: quando il minore si è dichiarato maggiore con intenzione fraudolenta (2); quando dal principe è stato dichiarato maggiore (3); quando è stato leso in un atto, che era stato pubblicamente autorizzato a porre in essere, quando, dopo esser giunto alla maggiorità, ratifica l'atto espressamente o tacitamente (4), o quando, essendo pubere, lo conferma per giuramento (5); quando l'atto non fu posto in essere dal minore, ma dal suo autore defunto maggiore (6), quando il minore ha dato qualche cosa per motivo di convenienza (7); quando egli o il suo tutore ha ricevuto un pagamento preceduto da un decreto *de solvendo* (8); infine, non vi è restituzione contro promesse di matrimonio nè contro un delitto (9).

2. La restituzione per causa di minorità giova del pari egli eredi ed ai cessionarj dei minori, comunque maggiori (10), ma non alla cauzione scientemente prestata pel minore (11); essa non appartiene al terzo che allorquando il suo interesse non può esser separato da quello del minore (12).

3. La restituzione per causa di minorità non può esser chiesta che contro colui col quale il minore ha contrattato l'atto pregiudicevole (13) e contro gli eredi di quest'ultimo (14), ma non è in generale accordata contro il terzo possessore della cosa (15), ne contro il padre e la madre che hanno contrattato col minore (16).

§. 534. k. *Dei suoi effetti e durata.*

La restituzione per causa di minorità ha per effetto di riporre tutte le

---

causa del danno per sua propria imprudenza (Fr. 44, D. IV, 4) o quando la mancanza del tutore o del curatore è la causa del pregiudizio (fr. 29, pr; fr. 47, D. IV, 4. - Cost. 3, C. II, 25), o quando l'atto è confermato dal Giudice (Cost. 2, C. ibid. - fr. 4, D. XLII, 1).

(1) Fr. 3, 4, D. IV, 4. - Gajo, IV, 57; - « exceptis minoribus XXV, annorum: namque hujus ætatis hominibus in omnibus rebus lapsis prætor succurrit ».

(2) Cost. 1, 3, C. II, 43.

(3) Cost. 1, C. II, 45. - G. I. Cremers, *Explicatio leg.* 1, *C. de his qui veniam ætatis impetraverunt.* Grœning. 1808.

(4) Cost. 1, 2, C. II, 46. - Cpr. fr. 3, §. 2, D. IV, 4.

(5) Auth. *Sacramenta puberum*, C. II, 28.

(6) Fr. 38, D. IV, 4. - Cost. 2, C. II, 29.

(7) Fr. 9, §. 1, D. IV, 4. - Cost. 1, C. II, 30.

(8) Cost. 25, C, V, 37.

(9) Fr. 9, §. 2, D. IV, 4.

(10) Fr. 18, §. 5, D. IV, 4. - fr. 24, pr. D. ibid.

(11) Fr. 13, pr. D. ibid. - fr. 7, §. 1, D. XLIV, 1. - Cost. 1, 2, C. II, 24. - A. C. Niehaus, *Diss de fidejussore minoris.* Gœtt. 1778, §. 14.

(12) Arg. fr. 10, pr. D. VIII, 6. - fr. 72, pr. D. XLV, 1. - fr. 23, 24, D. IV, 4. - I. P. C. Blauet, *Diss. de restitutione in integrum minorum ex causa individua majoribus proficua.* Gœtt. 1779.

(13) Anche quando egli invocasse il senatusconsulto Macedoniano, o Vallejano. - fr. 3, §. 2, D. XIV, 6. - fr. 11, §. 7; fr. 12, D. IV, 4. - Il minore ha egual diritto alla restituzione contro lo Stato; fr. 8, D. IV, 1. - Ma se il minore ha per avversario altro minore, egli non può domandare la restituzione se non quando quest'ultimo è divenuto più ricco in forza dell'atto. - fr. 34, pr. D. IV, 4. - fr. 11, §. 6, D. ibid.

(14) Cost. 6, 7, C. II, 22.

(15) Quanto all'eccezioni, vedi fr. 13, §. 1; fr. 14; fr. 9, pr.; fr. 39, §. 1, D. IV, 4.

(16) Fr. 24, §. 4, D. IV, 4. - Cost. 2, C. II, 42.

cose nel loro stato primitivo (1). Il minore ripete ciò che ha perduto, e non deve restituire che ciò di cui si trova arricchito al momento della litiscontestazione (2). Il minore giunto alla maggiorità ha, durante quattro anni, il diritto di chiedere la restituzione in intero (3). Così, quando colui che aveva il diritto di esigerla, per causa di minorità, muore senza averla dimandata, lo spazio che avanza, corre a vantaggio dei suoi eredi; questo spazio comincia a decorrere, per l'erede maggiore dal momento dell'adizione dell'eredità, e per l'erede minore dall'epoca in cui è giunto alla maggiorità (4).

Questo benefizio che la legge accorda ai minori (o l'*jura minorum*) fu esteso anche alle città (5).

§. 535. I. D. *Per causa d' assenza* (6).

I maggiori possono del pari dimandare la restituzione per causa d'assenza, ma solo contro *omissioni* cagionate dalla loro assenza, e non già contro atti giuridici ai quali hanno cooperato sia per se stessi, sia per poteri ad altri concessi (7). Per assenza s'intende qui, non solo l'allontanamento da un luogo, ma in generale, ogni impedimento di fatto, che si oppone a ciò che fa valere il suo diritto, come il furore, la schiavitù.

1. *a*) Quando alcuno, per assenza sua propria, ha sofferto danno perchè non ha fatto valere il suo diritto, bisogna distinguere fra l'assenza *necessaria* e la *volontaria*. Nel primo caso, egli ottien sempre la restituzione, allor quando non ha costituito poteri in altri, o allor quando avendone costituiti, non può ottenere risarcimento (8); bisogna però eccettuare il caso in cui fosse assente per causa turpe, perchè allora la restituzione non gli è accordata, se non quando non fosse difeso da lui il costituire in altri delle facoltà (9). Nel secondo caso, non vi ha mai restituzione quando la sua assenza era tale da incorrer biasimo (10); ma per lo contrario, vi è sempre restituzione, quando non merita rimprovero di sorta e non ottiene risarcimento da colui al quale concesse poteri, e o non è da imputarglisi a colpa di non aver altri costituito in sua vece durante la sua assenza (11).

b) Quando alcuno teme di soffrir danno per l'assenza del suo avversario, può evitar questo danno, protestandosi, in giustizia, o davanti a un notaro pubblico, o a tre testimonj (12); ma s'egli non ha fatto protesta, va soggetto a restituzione, nel caso in cui l'avversario non abbia fondato poteri (13).

2. Nel caso in cui qualcuno è in diritto d'esigere restituzione per causa

---

(1) Frattanto se un minore ha avuta la restituzione contro l'adizione d'una eredità, i legati pagati posson ben esser ripetuti, ma accade diversamente dei debiti pagati. - fr. 4, D. XII, 6. - fr. 22, 31, D. IV, 4.

(2) Fr. 27, §. 1; fr. 47, §. 1, D. IV, 4.

(3) Cost. 2, §. 2-4. - C. Teod. II, 16. - Cost. 7, C. II, 53. - L'erede suo, che si è astenuto dall'eredità paterna, fa eccezione. Infatti egli può esigere l'eredità paterna dentro tre anni. Allorchè è scorso questo lasso di quattro anni (*quadriennium restitutionis*) Cost. 6, C. VI, 31.

(4) Fr. 18, §. 5; fr. 19, D. IV, 4. - Cost. 2, §. 2-4. - C. Teod. II, 16. - Cost. 5, 7, C. II, 52.

(5) Fr. 78, §. 1, D. XXXI. - Cost. 3, C. XI, 29. - Cost. 1, C. I, 50. - Cost. 4, C. II, 54.

(6) Dig. IV, 6. - Cod. V, 51, 52, 54, - §. 5, J. IV, 6. - Glück, *Comm.* parte sesta, §. 467.

(7) Fr. 7, D. IV, 1. - fr. 1; fr. 16; fr. 27; fr. 41, D. IV, 6. - Thibaut. *System.* §. 1013.

(8) Fr. 15, 26, §. 9; fr. 29; fr. 39, D. IV, 6. - Cost. 10, C. II, 13.

(9) Fr. 26, §. 1; fr. 40, §. 1, ibid.

(10) Fr. 14, ibid.

(11) Fr. 28, pr.; fr. 16, ibid.

(12) Cost. 2, C. VII, 40. - Thibaut. *De la prescription*, §. 72.

(13) Fr. 1; fr. 21, pr. §. 2, 3; fr. 22; fr. 39, ibid.

di assenza, può far valere le sue pretese in diversi modi, secondo la diversità delle circostanze. Quindi:

a) Quando la sua assenza gli ha fatto perdere un diritto di già acquistato, il pretore gli rende la sua azione primitiva, derivante da questo diritto (*actio restitutoria s. rescissoria* (1).

b) Quando l'assenza gli ha impedito d'acquistare un diritto, il pretore gli accorda come azione utile, la medesima azione che non avrebbe avuto, se avesse realmente acquistato il diritto (*actio institutoria*) (2).

c) Finalmente, essendo egli in posizione da far valere il suo diritto per mezzo d'eccezione, ha l'*actio rescissoria*, contro il suo avversario, attore (3).

Il lasso di quattro anni, durante il quale è accordata la restituzione, comincia a decorrere dal dì del ritorno o del cessare dell'impedimento (4).

§. 536. m. E. *Per causa d'errore.*

Quegli che per errore di fatto, di cui non può attribuirglisi la colpa, ha sofferto danno, può chiedere d'esser restituito nel suo stato primitivo, quando è privo d'ogni mezzo in diritto a recuperare ciò che ha perduto (5). Questa specie di restituzione, però, sembra che in principio, solo riguardasse la procedura, comecchè venisse in specie accordata contro il danno ingiusto, incorso per contravvenzione all'antica procedura, così severa (6); essa non può chiedersi, per diritto nuovo, che come restituzione *ex clausula generali prætoris*, nel caso in cui l'errore non rechi pregiudizio a chi l'ha commesso (7).

§. 537. n. F. *Per causa di diminuzione di capo* (8).

La diminuzione di capo estingueva, in chi la subiva, tutti i rapporti di diritto esistenti sia in suo favore, sia contro di lui, e in conseguenza anco le obbligazioni di stretto diritto (9). Ma nel caso della minima diminuzione, il pretore rendeva ai creditori di colui che aveala subita, la loro azione primitiva (10), mentr'egli non valeva più a dimandare la restituzione dei suoi crediti estinti; lo stesso avveniva del creditore che aveva arrogato il suo debitore (11).

§. 538. o. G. *Per causa di alienazione fatta* judicii mutandi causa (12).

Per *alienatio judicii mutandi causa facta*, s'intende ogni alienazione tra vivi (13), fatta con intenzione di nuocere ad altra persona (14), per opporgli così un altro avversario e nel fine di rendergli, per tal modo, più difficile o intieramente vana la persecuzione del suo diritto (15).

1. Quando l'alienazione, che di per se stessa non si rescinde giammai (16), consiste nell'alienare che il posses-

(1) Fr. 28, §. 5, D. IV, 6. - §. 5, J. IV, 6.
(2) Fr. 17, 41, 43, D. ibid. - Arg. fr. 8, §. 14, D. XVI, 1.
(3) Fr. 28, §. 5. D. IV, 6.
(4) Cost. 7, §. 1, C. II, 53.
(5) Fr. 2, D. IV, 1. - Glück, *Comm.* parte quarta, §. 296.
(6) Per esempio, §. 33, J. IV, 6. - fr. 1, §. 17, D. XLII, 6. - fr. 1, §. 5, 6, D. XXVII, 6.
(7) Per esempio, fr. 7, pr. D. IV, 1.
(8) Dig. IV, 5. - Glück, *Comm.* parte sesta, §. 466. - Seckendorf, *De cap. dem. minima*, §. 34. - Zimmern. *Ist. del dirit.* t. I, pag. 844; t. III, pag. 321.
(9) Gajo, III, 83. - fr. 8, D. ibid. - §. 1, J. III, 10 (11).
(10) Fr. 2, pr. §. 1, 2, D. ibid. - Gajo, IV, 38.
(11) Fr. 2, §. 4, D. ibid.
(12) Dig. IV, 7. - Cod. XXII, 55. - Glück, *Comm.* parte sesta, §. 673.
(13) Fr. 8, §. 3, D. ibid.
(14) Fr. 3, §. 5; fr. 4, §. 1, 3, 5, D. ibid.
(15) Fr. 1, pr. D. ibid.
(16) Non si può quì dunque, se non impropriissimamente parlare di una restituzione, benchè il fr. 3, §. 4, D. ibid. e la Cost. un. C. II, 55, gli diano questo nome.

sore di una cosa fa di questa cosa medesima, temendo d'essere azionato relativamente ad essa, quegli a cui siffatta alienazione reca danno, ha un'azione *in factum* in risarcimento contro l'alienante (1).

2. Quando al contrario consiste nella cessione d'un'azione, fatta con intenzione di opporre a colui contro il quale compete, un più forte avversario, quegli in di cui pregiudizio è fatta la cessione, non è in obbligo di rispondere al cessionario; può opporgli semplicemente l'eccezione che l'alienazione ebbe luogo *judicii mutandi causa*. Ma l'alienante conservava, nell'antico diritto, la sua azione (2); nel diritto nuovo non già, quando con intenzione di nuocere, egli ha fatto la cessione in favore di una persona che poteva facilmente opprimere il debitore (*cessio in potentiorem*) (3).

§. 539. p. H. *Della restituzione* ex clausula generali prætoris.

Oltre le cause determinate della restituzione di cui abbiamo parlato (4), il pretore prometteva, in una clausula generale aggiunta all'Editto sull'assenza, di accordare la restituzione anco per altri motivi, ove l'equità sembrasse esigerlo (5).

Questa specie di restituzione (*restitutio ex clausula generali prætoris*), può in conseguenza chiedersi in tutti i casi in cui qualcuno non può esercitare il suo diritto, sia per esterni avvenimenti, sia pel fatto d'un terzo, senza che possa rimproverarglisi alcuna colpa (6). Del pari che la restituzione per causa d'assenza, essa non si accorda però che contro *omissioni* non rimproverevoli e danni che ne derivano.

I casi seguenti appartengono a questa specie di restituzione:

1. Quando per malattia o altri casi fortuiti inevitabili, qualcuno è stato impedito di porre in essere un atto di procedura, di cui l'omissione gli reca pregiudizio.

2. Quando, pel fatto del giudice, qualcuno è stato impedito di far valere il suo diritto in tempo utile (7).

3. Quando alcuno ha sofferto danno al seguito di una colpa scusabile (8).

---

(1) Fr. 1, 2, 3, 4, D. ibid. - fr. 4, §. 5, 6; fr. 5, 7, D. ibid.

(2) Fr. 11, D. ibid. - Quanto all'eccezione, a causa della legge *Licinia*, fr. 12, D. ibid. - fr. 24, §. 1, D. X, 3.

(3) Cost. 1, 2, C. II, 14.

(4) Più abbasso parleremo dell'alienazione fatta in frode dei creditori, e dell'azione Paoliana.

(5) Fr. 1, §. 1, in fine, D. IV, 6. - Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur in integrum restituam. - fr. 26, §. 9, ibid. - V. Glück, *Comm.* parte sesta, p. 471, 472.

(6) Per esempio fr. 1, §. 9, D. XLIII, 19. - fr. 34, §. 1; fr. 35, D. VIII, 3. - fr. 26, §. 7, D. IV, 6.

(7) Fr. 1, §. 1; fr. 26, D. IV, 6.

(8) Fr. 2; fr. 27, pr. D. IV, 1.

LIBRO TERZO

Dei Diritti di famiglia.

§. 540. *Nozione ed estenzione dei diritti di famiglia.*

I diritti di famiglia s'occupano dei rapporti di famiglia e della loro influenza sulla persona e beni di coloro che vi si trovan soggetti (1). I rapporti di famiglia comprendono il *matrimonio*, la *patria potestà* e, fino a un certo punto, la *tutela* e *curatela*.

SEZIONE PRIMA

Del matrimonio (2).

CAPITOLO PRIMO

Nozione e celebrazione del matrimonio.

§. 541. I. *Nozione del matrimonio.*

Il matrimonio è un'unione fra l'uomo e la donna per vivere in società indivisibile (3). Il matrimonio dunque non consiste solo in una unione ses-

(1) Il diritto di famiglia, preso nel senso che noi qui vi annettiamo, non deve esser confuso col *jus personarum* nel senso del diritto romano, del quale egli non forma che una parte. Vedi i §§. 206, 207.

(2) Fonti: Instit. 1, 10. Dig. XXIII, 2. - Cod. V, 4.

Letteratura: F. Hotomanus, *De veteri ritu nuptiarum et jure matrimoniorum*. Lugd. 1569. - B. Brisson. *De ritu nuptiarum et de jure connubii*. - H. Bouwer. *De jure connubiorum*. Delphi, 1714. - C. U. Grupen, *De uxore romana*. Hannov. 1727. - G. H. Ayrer, *De jure connubiorum apud Romanos*. Gœtt. 1736. - Dornseiffen, *De jure fœminarum apud Romanos*. Traj. ad Rhen, 1818. - Bethmann-Hollweg. *De causæ probatione*. Berol. 1820, c. 1. - Glück, *Comm.* parte 23. §. 1205, e seg. - Zimmern, *Ist. del diritt. rom.* t. I, §. 432-178. - C. Tafel. *Comm. de divortiis apud romanos*. Cap. 1, de variis nuptiarum generibus apud romanos. OEringæ, 1833.

(3) Fr. 1, D. XXIII, 2. - « Nuptiæ

suale, ma sopra tutto in questa unione di tutta la vita, che deve essere il fine dei conjugi. È l'intenzione (*animus*), la quale presiede all'unione dei conjugi, che basa la differenza fra il vero matrimonio e ogni altra unione non avente carattere di vero matrimonio, specialmente il *concubinaggio* (1). Il matrimonio e il concubinaggio hanno questo punto di comunanza, che l'uno e l' altro consistono in una unione dell'uomo colla donna e che esteriormente si rassomigliano; così portava il diritto romano, in cui non esigevasi per la celebrazione del matrimonio alcuna esterna formalità, ma unicamente il consenso matrimoniale (*consensus matrimonialis*) (2). Ma nell'intrinseco, il matrimonio e il concubinaggio differiscono essenzialmente: il matrimonio, infatto, esige l'*animus matrimonii*, cioè a dire che i conjugi mirano a vivere in unione completa e dividere per tutta la vita la medesima sorte. Ogni matrimonio vero e valido produce l'effetto generale d'inalzare la moglie alla dignità del marito, e di dare ai figli nati dal matrimonio, la qualità di figli legittimi; cioè a dire che per diritto, il marito deve esser riguardato come padre dei figli, o come dice il diritto romano, liberi *patrem habent;* cadono essi anco sotto la patria potestà. La concubina, al contrario, non è inalzata alla dignità del marito, i figli nati da concubinaggio sono illegittimi (*liberi quasi sine patre*) e non sono sotto la patria potestà (3).

§. 542. II. *Degli sponsali.*
A. *Loro celebrazione.*

Ordinariamente, il matrimonio è preceduto da una convenzione, per cui l'uomo e la donna reciprocamente si promettono di contrarre in seguito un legittimo matrimonio. Questa convenzione è detta *sponsali* (*sponsalia*) (4). Per romano diritto altra condizione non si vuole per la validità degli sponsali che il consenso delle parti (5). Questo consenso deve esser prestato seriamente, con riflessione e libertà; l'alienazione, il dolo, la violenza, l'errore sulla persona o sulle qualità essenziali, sia per la natura del matrimonio, sia intorno alle convenzioni delle parti, viziano il consenso (6). Quegli che può in seguito contrarre un matrimonio, può anche fidanzare (7), anche quando al tempo delle sponsali non fosse capace, nè in diritto di contrar matrimonio (8). Gli sponsali possono egualmente concludersi sotto condizione; bisogna in tal caso applicare i principii generali sugli effetti delle condizioni e quelli in materia di convenzione, in particolare. È per questa ragione che una condizione affer-

---

sunt conjunctio maris et fœminæ consortium omnis vitæ; divini et humani juris communicatio ». - §. 1, J. I, 9. - « Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens ». Cpr. la Cost. 4, C. IX, 32.

(1) Era permesso presso i Romani, sotto certe condizioni. Paul. II, 20. - Dig. XXV, 7. - Cod. V. 26. - Glück, *Comm.* parte 28. §. 1295. - Zimmern, t. I. §. 133.

(2) Fr. 15, D. XXXV, 1. - fr. 30, D. L, 17.

(3) Fr. 49, §. 4, D. XXXII. - §. 12, J. I, 10. - Gajo, I. 64.

(4) Dig. XXIII, 1. - Cod, V, 1. - G. H. Boehmer, *Exerc. ad Pand.* t. IV, n. 69. - Glück, *Comm.* parte 22, 23, §. 1190-1204.

(5) Fr. 4, pr. D. XXIII, 1. - Se l'una o l'altra è sotto la patria potestà, il consenso del padre di famiglia si richiede egualmente. - fr. 7, §. 1, ibid. confrontato col pr. J. I, 10, e Paolo, II, 19. - Zimmern, t. I, §. 147.

(6) Fr. 8, D. ibid. - Paolo, II, 19.

(7) È così reciprocamente « Cum qua nuptiæ contrahi non possunt, hæc plerumque ne quidem desponderi potest ». - fr. 60, §. 5, D. XXIII, 2.

(8) Per esempio, gli impuberi: fr. 14, D. XXXIII, 1. - fr. 10, §. 1, D. III, 2. - « Quæ virtum eluget, intra id tempus sponsam fieri non nocet ».

mativa fisicamente o moralmente impossibile, annulla li sponsali (1); ma aggiunta al matrimonio, si ha come non scritta; con tutto ciò lo rende egualmente nullo, ove sia contraria all'essenza del matrimonio.

§. 543. B. *Effetti degli sponsali.*

Li sponsali validamente conclusi producono l'effetto di dare a ciascuna delle parti il diritto di esigere la consumazione del matrimonio all' epoca convenuta, e in mancanza di convenzione, a far determinare dal giudice un tempo secondo le circostanze. Quando gli sponsali sono conclusi sotto condizione, bisogna attendere la verificazione della condizione; il diritto romano, non accorda però azione alcuna per forzare a procedere alla celebrazione del matrimonio (2). I fidanzati si debbono scambievolmente fedeltà, e sono rassomigliati ai conjugi sotto alcuni altri rapporti (3).

§. 544. C. *Scioglimento degli sponsali.*

Gli sponsali si estinguono:

1. Per la morte di uno dei fidanzati.
2. Per un impedimento al matrimonio, sopraggiunto dopo la celebrazione degli sponsali.
3. Pel consenso scambievole delle parti, detto ordinariamente *repudium voluntarium*.
4. Per la rinunzia d'una delle parti, detta ordinariamentere *pudium necessarium* (4); quegli però che rinunzia senza legittima causa è in obbligo di indennizzar l'altro. Motivo legittimo di rinunziare, è allor quando l'altro non ottiene la promessa fedeltà o si rende in generale colpevole di *turpis, vel prodiga, vel impudica conversatio*, o diversità di religione o di setta si frappone fra le parti (5). Allo scioglimento degli sponsali, le parti possono l'una dall'altra ripetere, i doni fattisi (*arrhæ sponsalitiæ, munera sponsalitia*), tranne quando una delle parti si ritira senza motivo; in tal caso, l'altra parte ritiene ciò che ha ricevuto, ripete ciò che ha dato, e anco il doppio se non ha ricevuto niente; questa pena però non è applicabile alla fidanzata minore (6).

§. 545. III. *Condizioni della celebrazione del matrimonio.* A. *Impedimenti assoluti.*

Per procedere alla celebrazione di un matrimonio valido, è soprattutto necessario che le persone le quali vogliono contrarlo ne sieno *capaci*. Gli assolutamente incapaci a contrarre matrimonio, sono:

1. *Quelli che tuttora sono fisicamente incapaci*, e il diritto romano esige a tal effetto, la pubertà dell'uomo e della donna (7).
2. I *castrati*.. D'ordinario, si vuole che l'impotenza assoluta renda in generale incapace a contrar matrimonio, ma il diritto romano non dichiara incapaci che i castrati (*castrati*) e non parla in guisa alcuna degli *spadoni* (8).

---

(1) Vi sono molti autori, i quali pretendono, ch'ella debba riguardarsi come non scritta (*pro non adjecta*).

(2) Fr. 2, §. 2, D. XXIV, 2. - Cost. 1, C. V, 1. - fr. 134, D. XLV, 1. - Cost. 2, C. VIII, 39. - Cpr. Gellio, *Noct. att.* IV, 4.

(3) Cost. 5, C. V, 1. - fr. 5, D. XXII, 5. - fr. 15, §. 14, D. XLVII, 10.

(4) Fr. 101, §. 1, D. L, 16. - fr. 38, D. XXIV, 3.

(5) Cost. 5, C. V, 1. - I. H. Bœhmer, *Diss. de probatis repudiorum causis.* Halæ, 1718.

(6) Cost. 3, 5, C. V, 1. - Cost. 15-16, C. V, 3.

(7) Pr. J. I, 10. - fr. 24, D. XXIII, 1. - fr. 4, D. XXIII, 2. - Zimmern, *Ist. del diritt.* t. I, §. 148. - Il gius canonico esige anche la pubertà. - Ma la vecchiezza non rende incapace a contrar matrimonio. Cost. 27, C. V, 4.

(8) Fr. 39, §. 1, D. XXIII, 3. - fr. 6, D. XXVIII, 2. - Il matrimonio può essere annullato per causa dell' impotenza, o della sterilità dell'una o dell'altra parte? Vedi su questa questione, Cost. 10, C. V, 17. - Nov. 22, c. 6. - Nov. 117, C.

§. 549. B. *Impedimenti relativi.* 1. *Per causa di parentela.*

Ma la capacità delle parti a contrar matrimonio non basta; necessita in oltre che non sia loro particolarmente vietato dalla legge (1). Le proibizioni per diritto romano (2), che interdicono il matrimonio fra persone di per sè capaci, derivano in primo luogo dalla parentela (3). È proibito il matrimonio fra parenti:

1. In *linea diretta*, fra ascendenti e discendenti, senza distinzione di grado, sia pure la parentela naturale o adottiva; in quest'ultimo caso, la proibizione sussiste anche dopo che l'adozione è disciolta per l'emancipazione (4).

2. In *linea collaterale*, il matrimonio è proibito fra parenti fino al secondo grado, e fra questi donde uno immediatamente discende, mediatamente l'altro da uno stipite comune; lochè dicesi al presente *respectus parentelæ*. La proibizione stessa si estende alle persone che l'adozione colloca in un rapporto eguale a quello di fratello e sorella o di *respectus parentelæ;* ma essa vien meno quando l'adozione che la formava è disciolta (5). Il matrimonio tra figli di fratelli e sorelle è permesso (6).

§. 550. 2. *Per causa d'affinità.*

L'affinità in grado troppo vicino è del pari impedimento al matrimonio (7). Il diritto romano non interdiceva da primo che il matrimonio colla suocera e colla matrigna, e reciprocamente colla nuora e figliastra (8); ma in seguito fu del pari proibito il matrimonio colla moglie d'un fratello morto, e colla sorella della moglie defunta (9). La legge proibisce egualmente il matrimonio fra il marito che ha fatto divorzio colla moglie e i figli nati da questa e da un altro uomo (10), fra il padre e la fidanzata del figlio, tra il figlio e la fidanzata del padre (11), fra il padre e la vedova del figlio di sua moglie, tra il figlio e la vedova del marito di sua madre (12).

§. 551. 3. *Per altre cause.*

Oltre la parentela e l'affinità, il

---

12. - Thibaut, *System.* §. 392. - C. G. Biener, *Quæst. cap. L. de matrimonio propter impotentiam dissolvendo.* Lips. 1814. - M. G. Bauer, *Diss. de matrimonio sterili partium voto dissolvendo.* Lips. 1823.

(1) J. B. T. De Jonghe, *Diss. de matrimonio ejusque impedimentis.* Leod. 1823. Questa dissertazione contiene un confronto esatto delle legislazioni antiche e moderne sopra gl' impedimenti matrimoniali.

(2) M. S. T. Mertens, *Diss. de nuptiis jure romano prohibitis.* Traj. ad Rhen. 1811, e Zimmern, *Ist. del diritt.* t. I, §. 149-151.

(3) Gajo, I, 58-64. - Epit. Gajo, I. 4. - *Col. leg.* Mos. et Rom. tit. VI. - Cod. Teod. III, 12. - Inst. I, 10. - Cod. V, 5. - Reitz, *Excurs. ad Theoph.*, t. II, pag. 1183.

(4) §. 1, J. I, 10. - fr. 53, 55, D. XXIII, 2.

(5) §. 2, 5, J. I, 10. - fr. 17, D XXIII, 2.

(6) §. 4, J. I, 10. - Teofilo e con esso molti manoscritti leggono *possunt*; ma vedi il fr. 3, D. XXIII, 2, e principalmente la Cost. 19, C. V, 4, il quale leva la proibizione di questo matrimonio ordinato da Teodosio nella Cost. 1, C. Teod. III, 10, e la Cost. 3, C. Teod. III, 12.

(7) Heineccio, *Ad Legem Juliam et Pap. Popp.* II, 17.

(8) §. 6, 7, J. I, 10. - fr. 14, §. 4, D. XXIII, 2. - fr. 4, §. 5, 7, D. XXXVIII, 10. - Cost. 17, C. V, 4.

(9) Cost. 2, 4, C. Teod. III, 12. - Cost. 5, 8, 9, C. V, 5.

(10) §. 9, J. I, 10.

(11) §. 9, loc. cit.

(12) Fr. 15, D. XXIII, 2. I *privigni*, o come pure si chiamano, i *comprivigni*, possono conjugarsi, perchè essi non sono nè parenti nè affini; §. 8, J. I, 10. - fr. 34, §. 2, D. XXIII, 2.

matrimonio è proibito per molti altri motivi:

1. Quegli che ha di già contratto valido matrimonio, non può, durante questo matrimonio, contrarne un secondo; la poligamia è proibita (1); ma può maritarsi successivamente più volte. La moglie però, disciolto il matrimonio per morte del marito o per divorzio, deve aspettar per lo meno un anno innanzi di poterne contrarre un nuovo (2).

2. A causa della diversa religione delle parti, il matrimono è proibito fra cristiani e giudei (3).

3. Fra la donna adultera e il suo complice (4); fra il rapitore e la rapita (5).

4. Fra il tutore o suo figlio sotto la patria potestà, e la pupilla, innanzi che abbia reso conto della tutela (6).

5. Cause politiche vietano il matrimonio fra il *præses provinciæ* o altri funzionarj di provincia, e la donna ivi domiciliata (7).

6. Uomini liberi non potevano altra volta sposare donne pubbliche o commedianti.

7. Finalmente, a causa di differente stato, era proibito il matrimonio fra un senatore e suoi discendenti fino al terzo grado, e una manomessa (8). Ma in seguito Giustiniano permise di sposare una commediante (9), e accordando a tutti i manomessi i diritti degl'ingenui (*jura ingenuorum*), venne ad autorizzare il matrimonio fra un senatore e una manomessa. Quindi, in progresso, lo permise espressamente (10).

§. 552. C. *Effetti degl'impedimenti.*

Se persone, a malgrado gl'impedimenti di cui abbiamo parlato, si uniscono, il matrimonio è nullo giusta le disposizioni espresse di Giustiniano, e non sorte gli effetti legali del matrimonio legittimo, nè in favore dei conjugi, nè in favore dei figli (11). Nullameno se all'epoca della celebrazione del matrimonio una delle parti o tutte e due erano di buona fede, vale a dire, se una o tutte due non sapevano che la loro unione fosse proibita, esse contraggono un *matrimonio putativo*. In tal caso, quegli che era di buona fede acquista tutti i diritti di vero conjuge, e i figli sono considerati come legittimi (12). Ma il conjuge di buona fede è obbligato, scoperto appena l'errore, a rompere l'unione o chieder dispensa dell'impedimento. Quando, per lo contrario, le parti conoscevano l'impedimento, e il matrimonio non può sussistere

---

(1) §. 6, 7, J. I, 10. - fr. 1, D. III, 2. - Cost. 2, C. V, 5.

(2) Quest'anno si chiama comunemente anno del lutto *(annus luctus)*, il motivo di questa disposizione è il timore che abbiamo, che il sangue non fosse mescolato; *turbatio sanguinis s. confusio sobolis*. Cost. 8, §, 4; Cost. 9, C. V, 17. - Nov. 22, c. 16. - La contravvenzione a questo disposto non rende nullo il matrimonio, ma porta l'infamie, e pene pecuniarie; fr. 1; fr. 11, §. 1, D. III, 2. - Nov. 22, c. 22. - Vedi più giù il 527.

(3) Cost. 2, C. Teod. III, 7. - Cost. 6, C. I, 9.

(4) Fr. 26, D. XXIII, 2. - fr. 13, D. XXIV, 9. - Nov. 134, c. 12.

(5) Cost. un. C. IX, 13. - Nov. 143, 150.

(6) Fr. 59; fr. 62, §. 2; fr. 66, D. XXIII, 2. - Cod. V, 6. - J. L. E. Püttmann, *De pupilla a tutore ejusque filio haud ducenda*. Lips. 1783. - J. G. van Vredenburch, *Diss. de prohibitis nuptiis inter tutorem et pupillam*. Lugd.-Bat. 1805.

(7) Fr. 57, pr.; fr. 63, D. XXIII, 2. - Cod. Teod. III, 11. - Cod. Giust. V, 2, 7.

(8) Ulp. XIII, XVI, 2. - fr. 44, D. XXIII, 2. - Heineccio, *Ad leg. Jul. et Pap. Popp.* II, 1, 2.

(9) Cost. 23, C. V, 4 - Questa costituzione è attribuita generalmente a Giustiniano, ma il suo titolo è falso, come l'ha già provato Heineccio, *Ad leg. Jul. et Pap. Popp.* II, 2, §. 4.

(10) Cod. VII, 5, 6. - Nov. 78, c. 3. - Nov. 117, c. 6.

(11) §. 12, J. I, 10. - Cod. V, 8.

(12) Fr. 57, §. 1, D. XXIII, 2. - I. N. Herzio, *Diss. de matrimonio putativo*; nei suoi Opusc. vol. I, t. 1, p. 245.

perchè la dispensa non può accordarsi, i figli sono riguardati come illegittimi (1).

§. 553. IV. *Forma della celebrazione del matrimonio.*

Per contrarre valido matrimonio è necessaria l'osservanza della forma legale. Il diritto romano non esigeva a tale effetto che il semplice consenso delle parti (2) e quello delle persone nella cui potestà si trovavano (3). Ma i grandi dignitarj dell'impero e le persone illustri dovevano, a tenore d'una disposizione di Giustiniano, fare un contratto scritto (*dotalia instrumenta*) (4). Il consenso non deve essere in guisa alcuna viziato; tutte le cause adunque che impediscono la libertà del consenso, viziano il matrimonio. A queste cause appartiene la demenza e il furore, e il timore e la violenza (5), il dolo e l'errore sulla persona o sulle essenziali qualità.

CAPITOLO SECONDO

Effetti del matrimonio.

§. 554. I. *Rapporto alla persona dei conjugi.*
A. *Diritti comuni ad entrambi.*

La nozione o l'essenza del matrimonio determinano il rapporto personale dei conjugi fra loro; esso è l'unione di tutta la vita e sorte loro. Tutto ciò che deriva da questa nozione forma i diritti e i doveri d'un conjuge verso l'altro. Non può esser qui disputa, parlando propriamente, di diritti giuridici ed esigibili, ma solo di doveri, a menochè leggi espresse non abbiano diversamente disposto (6).

Fra i diritti e i doveri comuni ai due conjugi, si annoverano i seguenti:

1. Il diritto di esigere l'un dall'altro fedeltà scambievole (7).
2. Il diritto di vivere inseparabili e di esigere reciprocamente soccorso e protezione (8).
3. Il dovere in ciascuno dei conjugi di sopportare in comune le disgrazie dell'altro (9).

§. 555. B. *Diritti particolari a ciascuno dei conjugi.*

Fra i diritti e i doveri particolari a ciascun conjuge, ha luogo:

1. Il diritto nel marito di esigere dalla sua moglie obbedienza e rispetto in tutto ciò che è lecito ed one-

(1) Cost. 4, C. V, 5.

(2) Fr. 2, D. XXIII, 2. - fr. 15, D. XXXV, 1. - fr. 30, D. L, 17. - Ortolan, nella *Thémis*, t. X, p. 497.

(3) Fr. 2, 19, D. XXIII, cit. et pr. J. I, 10. - Ulp. V, 2. - Paolo, II, 19, §. 2. Il figlio emancipato non aveva bisogno del consenso di suo padre; fr. 25, D. XXIII, 2. - Non si poteva senza motivo sufficiente, ricusarlo al figlio sotto la patria potestà; l'autorità aveva diritto di forzarvi il padre; fr. 19, D. ibid. - Zimmern, *Ist. del diritt.* t. I, §. 147.

(4) Nov. 74, c. 4. - Nov. 117, c. 4, 6.

(5) Fr. 16, §. 2, D. ibid. - Paolo, II, 19, 7. - Cost. 14, C. V, 4.

(6) Per esempio, per rapporto dei doveri reciproci di dare degli alimenti, alle conseguenze pregiudicevoli dell'adulterio ec.

(7) Nov. 117, c. 8, §. 2; c. 9, §. 5.

(8) Per questa ragione anche i conjugi sono tenuti reciprocamente a prestarsi gli alimenti.

(9) Per esempio, fr. 16, §. 2, D. XXXIII, 2. - fr. 22, §. 7, D. XXIV, 3.

sto (1). Per questa ragione, la moglie dee seguire il domicilio del marito (2), a menochè non siasi reso colpevole di un delitto (3). Ha diritto di domandare che sua moglie si dedichi alle faccende domestiche, a tenor del suo stato, e di stare per lei in giudizio, in qualità di procuratore presunto (4).

2. Dal canto suo la donna ha diritto di esigere dal marito protezione e appoggio (5); essa prende il nome, s' innalza alle dignità di lui (6), e conserva questi diritti dopo la morte del marito, finchè ella non passa a seconde nozze (7).

§. 556. II *Rapporto ai beni dei conjugi.*

Il matrimonio non esercita, per se stesso, influenza alcuna sui beni dei conjugi, che per esso non divengono comuni; ognuno dei conjugi conserva al contrario la proprietà dei suoi (8), e ne dispone secondo la sua volontà. Ogni cangiamento a tal riguardo deve avvenire per una disposizione particolare. Per ciò che concerne i beni dei conjugi, noi parleremo; della *dote (dos)*, della *donazione a causa di nozze (donatio propter nuptias)*, dei *beni parafernali (parapherna)*, dei *patti dotali (pacta dotalia)* e delle *donazioni fra' conjugi (donatio inter virum et uxorem)*.

§. 557. A. *della dote.*
1. *Nozione della dote.*

La dote (*dos*, *res uxoria*) (9) e tutto ciò che la donna di per se stessa, o chiunque altro, in nome di lei teasferisce al marito (10) per ajutarlo a sopportare i pesi del matrimonio. Il marito amministra questi beni finchè dura il matrimonio, ma sciolto, deve restiruirli; egli può, per ciò esser perseguitato coll'azione *dotis*. La costituzione della dote presuppone l'esistenza d' un matrimonio valido: *dos, sine nuptiis esse non potest* (11).

§ 558. 2. *Oggetto della dote.*

Tutto ciò che è atto ad aumentare

---

(1) Niente di meno il marito non ha diritto di gastigare la sua moglie. - Cost. 8, §. 2, C. V, 17. Cpr. Nov. 117, c. 4.

(2) Fr. 5, D. XXIII, 2. - fr. 65, D. V, 1. - Cost. 9, C. X, 39.

(3) Arg. Cost. 22, C. IX, 47. - Cost. 24, C. V, 16.

(4) Cost. 21, C. II, 13.

(5) Fr. 2, D. XLVII, 10.

(6) Cost. 9, C. IX, 39. - Cost. 13, C. XII, 1. - Cpr. Nov. 23, c. 36.

(7) Fr. 31, §. 1, D. L, 1.

(8) Niente di meno, nel dubbio, e fino a prova contraria, tutto quello che si trova in casa dello sposo è riguardato come sua proprietà e acquistato da lui o per lui; fr. 51, D. XXIV, 1. - Cost. 6, C. V, 16. - C. Schaper, *De reg. jur. quod in casu dubio omnia bona mariti esse præsumenda sint, caute adhibenda.* Helmst., 1771.

(9) Ulpiano, VI. - Paolo, II, 21, 22. - Cod. Teod. III, 13. - Dig. XXIII, 3-5. - Cod. V, 11-15. - Nov. 91, 97, c. 2-6; 100, 109. - *Frag. Vat. tit. de re uxoria ac dotibus.* - Doneau, *Comment. jur. civ.* XIV, 4-8. - G. Caponi, *Tract. de dote.* - Col. Allobr., 1733. - I Finestres e De Monsalvo, *De jure dotium.* - Cervaræ, 1754. - I. G. Geyert, *Diss. de juribus et obligationibus circa dotem*, Gœtt. 1785. - C. Schenk, *Das Recht der Dos vor Justinian*, ovvero, *Du droit dotal avant Justinien*, Landshut, 1812. - L. M. Rambonnet, *Spec. observ., quibus illustratur historia juris dotium apud romanos.* Traj. ad Rhen. 1819. - Glück, *Comm.* parte 24. §. 1230-1252. - J. C. Hasse, *Das Güterrecht der* Ehegat. *ten nach rœm. Rect*, ovvero, *Del diritto dei beni dei conjugi, in diritto romano*, t. I, Berlino, 1824. - Zimmern, *Ist. del diritt. rom.* t. I, §. 156-161. - I. W. von Tigerstrœm, *Das Rœmische Dotalrecht*, ovvero, *Del diritto dotale presso i romani*, t. I, Berlino, 1831, t. II, 1832.

(10) Se il marito è ancora sotto la patria potestà, la dote è costituita al padre di famiglia; fr. 57; fr. 59, pr. D. XXIII, 3.

(11) §. 12, J. I, 10. - fr. 3, 21, 39, §. 1; fr. 43, pr.; fr. 76, in fine, D. XXIII, 3. - fr. 4, §. 2, D. II, 14. - Cost. 20, C. V, 3.

i beni del marito può del pari formare oggetto di dote (1). Quindi non solo i beni corporali di ogni specie, ma anche un diritto reale (2), la renunzia *dotis causa* a un diritto reale (3), un credito contro dei terzi (4), la renunzia a un credito contro lo stesso marito (*liberatio mariti dotis causa facta*) (5), infine, la renunzia, *dotis causa* in favore del marito, a un diritto deferito, possono formare oggetto di dote (6). La donna può del pari costituire in dote ogni sua fortuna, che allora non comprende che i beni, detratti i debiti. Ma la costituzione di una dote non dà vita giammai a una successione universale; il marito, in tal caso, non è personalmente tenuto dei debiti della moglie (7).

§. 559. 3. *Specie della dote.*

Chiunque ha la libera disposizione dei suoi beni può costituire una dote.

1. Ma quanto al diritto di richiederla dopo lo scioglimento del matrimonio, è da distinguere fra la dote profettizia (*dos profectitia*) e la dote avventizia (*dos adventitia*) (8).

La *dote profettizia* è quella che proviene direttamente o indirettamente dai beni del padre o dell'avo paterno della donna, e poco interessa che egli stesso l'abbia costituita o che ne abbia incaricato altri (9). La legge accorda al padre, in caso della morte della moglie, l'azione *dotis*, anche quando ancora non si è espressamente riservato questo diritto (10).

Dicesi *avventizia* la dote che non è profettizia, perchè costituita dalla donna col suo patrimonio particolare (11), o dalla madre della moglie, o da un terzo (12). L'azione *dotis* compete sempre in tal caso alla donna e suoi eredi, tranne quando il costituente ha stipulato che la dote gli sia restituita; essa prende allora nome di *dos receptitia* (13).

2. Per tesi generale, niuno è suo malgrado tenuto a costituire una dote. Nullameno, il padre e l'avo paterno della donna sono tenuti a dotare la loro figlia o nipote, in proporzione del lor patrimonio (14), non avendo essa beni proprj (15), e in egual modo può

(1) Hasse, §. 72. - Tigerstrœm, t. I, §. 16, 17.

(2) Fr. 7, §. 2, D. XXIII, 3.

(3) Fr. 57, D. XXIV, 3.

(4) Cost. 2, C. IV, 10.

(5) Fr. 12, §. 2; fr. 41, §. 2; fr. 43, pr. D. XXIII, 3.

(6) Fr. 14, §. 3, D. XXIII, 5.

(7) Fr. 72, D. XXIII, 3. - Cost. 4, C. V, 12. - fr. 39, D. L, 16.

(8) Hasse, §. 90-106. - Tigerstrœm, t. I, §. 4.

(9) Fr. 5, pr. §. 1-8, D. XXIII, 3. - Ulp. VI, 3.

(10) Fr. 6, pr. D. XXIII, 3. - Ulp. VI, 4. - Cost. 4, C. V, 28.

(11) Tigerstrœm, t. I, p. 45, è di opinione differente. Egli l'appella semplicemente *Dote* in opposizione alla *Dote profettizia*, e *avventizia*; ma che si viola il fr. 5, §. 11, in fine, D. XXIII, 3.

(12) Fr. 5, §. 9, 11, 14, D. XXIII, 3. - Ulp. VI, 3.

(13) Ulp. VI, §. 5, 6. - fr. 33, D. XXIII, 3. - fr. 31, §. 2, D. XXXIX, 6. Cost. un. §. 13, C. V, 13. - Vedi più oltre il §. 523.

(14) Fr. 19, D. XXIII, 2. - fr. 69, §. 4, D. XXIII, 3. - fr. 6, D. XXXVII, 6. - Cost. 7, C. V, 11. - La patria potestà non esercita qui alcuna influenza; quindi la figlia emancipata ha diritto a una dote contro il suo padre. Arg. fr. 5, §. 11, 12, D. XXIII, 3, e Cost. 7, citata. - D'altronde il padre adottivo è parimente tenuto a dotare la figlia adottiva, fr. 5, §. 13, D. ibid. - Ma la obbligazione di dotare la figlia non passa agli eredi del padre, meno che egli non abbia già promessa la dote in vita; fr. 44, pr. D. XXIII, 3. - Cost. 5, C. V, 11. - Il diritto romano non parla dell'obbligazione del padre di dotare la sua figlia una seconda volta per lo stesso matrimonio, allorchè la prima dote è perita per caso fortuito. Ma gli è tenuto a dotarla per un secondo matrimonio, se egli ha ricuperata la dote costituita una prima volta. Auth. *Sed quamvis*, C. V, 13.

(15) Arg. fr. 5, D. XXV, 3.

esservi obbligata anche la madre, ma solo per gravi cagioni (1). Qualche autore ancora pensa che la donna, avendo patrimonio, sia obbligata di costituire una dote (2). Al presente dicesi *dos necessaria*, quella che siamo obbligati a costituire, per contrapposto a *dos voluntaria* che dipende dalla volontà del costituente.

3. Ogni dote che non consiste in danaro quando è costituita al marito, può essere stimata a certo prezzo (*dos æstimata*); in tal caso, il marito è riguardato come compratore dei beni dotali, e come debitore della donna per il prezzo fissato, *dos venditionis causa æstimata*; ma egli conserva dopo lo scioglimento del matrimonio, il diritto di rendere o la dote medesima, o il prezzo di lei (3). La dote può del pari esser tassata per sapere ciò che la donna reca al marito, *dos taxationis causa æstimata* (4).

§. 560. 4. *Forma della costituzione della dote.*

La dote può esser costituita:

A. Per *atto fra vivi*, e particolarmente:

1. Per l'antico diritto (5), poteva farsi, sia per *promissio dotis*, vale a dire una promessa di dote fatta per stipulazione, sia per *dictio dotis*, cioè a dire una promessa di dote, fatta con parole solenni, senza necessità di preventiva domanda e accettazione di promessa (6); sia infine per *datio dotis*, cioè per la tradizione reale dell'oggetto della dote, senza *promissio* nè *dictio* antecedenti (7).

2. Ma il diritto nuovo non esige più, per la promessa della dote, l'antica forma per *promissio* o *dictio*. Quantunque promessa accettata, anche la semplice *pollicitatio dotis* che nel nuovo diritto, ha rimpiazzato l'antica *dictio*, è valida a produrre azione (8). Il diritto nuovo accorda del pari a quegli cui è stata promessa una dote, una ipoteca legale, su tutti i beni del promittente (9). La *datio dotis* ha conservato per diritto nuovo, i caratteri medesimi che gli attribuiva l'antico diritto.

B. La costituzione della dote può farsi per *atto d'ultima volontà:*

1. Quando una qualche cosa è stata legata alla donna, *dotis nomine*, ella è obbligata a recarla in dote al marito.

2. O allorchè una qualche cosa è stata legata come dote, direttamente al marito stesso; la costituzione della dote si basa, in caso tale, sul legato stesso (10). La costituzione di una dote, quindi non si presume giammai; colui che attribuisce a una cosa la qualità dotale, deve provare questa qualità (11).

---

(1) Cost. 14, C. V, 12. - Cpr. Cost. 19, §. 1, C. I, 5.

(2) Tigerstrœm, t. I, p. 59, in proposito del fr. 52, D. XXVI, 7. - Cost. 9, 22, C. V, 37. - Hasse, in proposito del fr. 32, §. 2, D. XII, 6, pensa diversamente.

(3) Fr. 10, pr. D. XXIII, 3. - fr. 9, §. 3, D. XX, 4. - Cost. 5, C. V, 12. - Cost. un. §. 9-15, C. V, 13. - Quanto agli effetti di una tale stima di dote, vedi più a basso i §§. 521, 524.

(4) Fr. 10, §. 6; fr. 69, §. 7, D. XXIII, 3. - fr. 50, D. XXIV, 3. - Cost. 1, C. V, 23. - Cost. 21, C. V, 12.

(5) Ulp. VI, 1. - Cost. 3, C. Teod. III, 13. - Heineccio, *Antiq. Rom.* II, 8, §. 4-7. - Hasse, §§. 73, 87.

(6) Hugo, *Ist. du droit*, pag. 624. - La maggior parte degli autori è di opinione diversa; Glück, *Comm.* parte 20. pag. 200. - Hasse, §. 82. - Schweppe, *Ist. del diritt.* §. 398. - Zimmern, t. I, §. 158. - Tigerstrœm, §. 13. - Vedi di sopra il §. 428.

(7) Fr. 41, §. 2; fr. 43, pr.; fr. 48, §. 1, D. XXIII, 3.

(8) Cost. 3, 4, C. Teod. III, 13. - Cost. 6, C. V, 11. - Cost. 25, C. IV, 29.

(9) Cost. un. §. 1, C. V, 13. - Quanto agl'interessi da pagarsi per la *Dote promessa*, v. Cost. 31, §. 2, C. V. 12. - Sulla evizione della *dote promessa:* Cost. 1, C. V, 2. - Glück, *Comm.* parte 20. p. 198; parte 25. p. 80.

(10) Fr. 48, §. 1, D. XXIII, 3. - fr. 77, §. 9, D. XXXI. - fr. 71, §. 3, D. XXXV, 1. - Hasse, §. 88, 89.

(11) H. G. Bauer, *Diss. bona uxoris*

§. 561. 5. *Diritti del marito sulla dote.*

Pendente il matrimonio, il marito è sempre padrone della dote; ma dacchè la moglie, sciolto il matrimonio può chiederne la restituzione, così può dirsi appartenere essa al patrimonio della moglie (1). Proprietario della dote, il marito ha il diritto d'amministrare i beni dotali, perciperne i frutti e impiegarli (2), senza obbligo di render conto dell'amministrazione o di prestar cauzione (3). Ne acquista del pari le accessioni (4), e tutto ciò che sta in luogo della dote (5); gli appartiene anche ogni acquisto fatto dai servi compresi nella dote (6). La trasmette ai suoi eredi (7). Ha il diritto, in oltre, di rivendicare i beni dotali da qualunque possessore, anche della donna (8), e la legge gli accorda perciò, tanto l'azione in rivendicazione che la pubbliciana (9). Finalmente, può alienare i mobili do-

---

paraphernalia esse præsumenda. Lips. 1762. - C. F. Meister, *Diss. de bonis uxoris ex juris romani præsumptione non paraphernalibus sed dotalibus.* Gœtt. 1769. - Glück, *Comm.* parte 27. §. 1278,

(1) Gajo, II, 62, 63. - Pr. J. II, 8. - fr. 7, §. 3. - fr. 75, D. XXIII, 3. - fr. 21, §. 4, D. L, 1. - fr. 3, §. 5, D. IV, 4. - Cost. 23, 30, C. V, 12. - La questione di sapere *qual diritto ha il marito sulla dote,* ha divisi in ogni tempo i giureconsulti in tre categorie:

1) Secondo la opinione più genaralmente adottata altre volte dai giureconsulti, il marito diviene vero proprietario della dote se ella consiste in cose fungibili, o se gli è stata tassata *venditionis causa*; in ogni altro caso, la vera proprietà *(dominium naturale)* è conservata alla donna; ma questa proprietà riposa durante il matrimonio, e il marito ne ha l'esercizio *(dominium civile).* Hellfeld, *Jurisp. for.* §. 1234-1236. - Thibaut, *Pand.* §. 447, 448.

2) Secondo l'opinione più moderna ma già professata da Cujacio, *Osserv.* X, 32, il marito diventa sempre unico proprietario della dote, e la moglie non ha che un'azione a domandarne un giorno la restituzione. Hasse, *Von der ekel. Gütergemeinschaft,* ovvero, *De la communauté matrimoniale,* §. 16, et *Du droit des biens des époux*, §. 69. - Glück, *Comm.* parte 25. §. 1234. - Zimmern, t. I, §. 160, 161.

3) Finalmente Tigerstrœm, t. I, §. 23-29, §. 35-37, si è dichiarato contro queste due opinioni: a suo parere la moglie conserva la proprietà della dote, e il marito non ne acquista che l'usufrutto e l'amministrazione. Una simile opinione è già professata da Doneau, *Comm. jur. civ.* XIV, 4.

(2) Fr. 7, pr.; fr. 10, §. 3, D. XXIII, 3. - Cost. 20, C. V, 12. - Egli acquista i frutti come proprietario, per la forza dell'accessione; egli non ha bisogno di farne la percezione; fr. 78, pr. D. ibid.

(3) Cost. 1, 2. C. V, 20.

(4) Fr. 4, D. XXIII, 3. - Elleno gli appartengono come la dote medesima, di cui sono parte, e con cui egli deve restituirle; fr. 10, §. 1-3; fr. 69, §. 9, D. XXIII, 3. - Cost. 1, §. 9, C. V, 13. - Vedi in seguito il §. 524.

(5) Sopra le *res dotali pecunia comparatæ,* vedi fr. 26, 27, 32, 54, D. XXIII, 3, in fine, D. XXIV, 3. - Cost. 12, C. V, 12. - Cost. 7, C. VII, 8. - Glück, parte 8. p. 167 e seguenti, e numera nella maniera la più completa, le opinioni le più forse degli antichi giureconsulti.

(6) Fr. 10, §. 1; fr. 65, D. XXIII, 3. - fr. 58, D. XXIV, 3. - fr. 3, pr. D. XXIII, 5.

(7) Fr. 1, §. 1, D. XXIII, 5. - fr. 62, D. XLI, 1. - Egli va senza dire, che l'azione *Dotis,* in restituzione della dote, ha luogo egualmente contro gli eredi del marito (§. 525). Allorchè la dote non era costituita al marito stesso, ma al suo padre di famiglia, ella non passava, dopo la morte di quest'ultimo, ai suoi eredi, ma al marito medesimo; ciò spiega già la natura e destinazione della dote; fr. 56, §. 1, 2, D. XXIII, 3. - fr. 58, D. XXXV, 2. - fr. 20, §. 2. - fr. 46; fr. 51, pr. D. X, 3.

(8) Cost. 11, C. V, 12. - Cost. 9, C. III, 32. - fr. 24, D. XXV, 2. - Se essi cadono in mani estranee, o se il marito non li rivendica, la prescrizione comincia a decorrere dal momento in cui la moglie può ella medesima far valere i suoi diritti. Cost. 30, C. V, 12.

(9) Fr. 3, §. 1, D. VI, 2. - Se una cosa d'altri gli è stata costituita in dote, egli può prescriverla a titolo di dote,

tali, anche senza il consenso della donna (1), disporne in favore di un terzo (2), spendere i danari dotali, incassarne i crediti, senza bisogno che la moglie glie ne faccia cessione (3). Quanto agl'immobili, gli è proibita ogni volontaria alienazione, anche quando la moglie vi consenta (4); non può dunque darli in ipoteca; tranne il caso in cui il fondo sia stato stimato *venditionis causa*; il marito lo può allora alienare (5). L'alienazione d'un fondo dotale fatta dal marito, quando la legge glie l'ha proibito, può attaccarsi dalla moglie, come nulla e di niun effetto, dal momento in cui o ella stessa o i suoi eredi sono in diritto di chiedere la restituzione della dote; essa può rivendicare il fondo (6), ma questo diritto non appartiene al marito o suoi eredi, ove lo vogliono esercitare nel loro proprio interesse, e specialmente allorchè dopo lo scioglimento del matrimonio essi acquistan la dote (7); ma il marito, esigendolo l'interesse della moglie, è autorizzato a insorgere contro l'alienazione della dote da lui posta in essere; diversamente non potrebbe restituirla (8). Infine se la moglie stessa diviene erede del marito, non può andar contro l'alienazione illegale, a menochè l'eredità del marito non basti a soddisfarla della dote (9).

§. 562. b. *Dei doveri del marito in rispetto alla dote.*

I doveri del marito rispetto alla dote consistono, pendente il matrimonio, nel dovere impiegare pel bene del matrimonio, le rendite dotali (10), e nell'esser obbligato a sopportare gli oneri e le spese necessarie all'acquisto dei frutti; imperocchè, durante il matrimonio, ogni vantaggio della dote gli torni in profitto (11).

§. 563. 7. *Della restituzione della dote.* a. *Persone che possono chiederla.*

Dopo lo scioglimento del matrimonio, cessano i diritti del marito sulla dote, ed egli deve restituirla (12).

1. Se il matrimonio è disciolto per la morte della moglie, il padre o l'avo paterno è in diritto di far restituire la *dote profettizia* da lui costituita, anche quando non siasi riservato un tale diritto, e senza riguardo nè alla patria potestà, nè ai figli nati dal ma-

---

pro dote, Gajo, II, 63. - fr. 67, D. XXIII, 3. - Dig. XLI, 9. - Cod. VII, 28. - Tigerstroem, §. 31.

(1) Pr. J. II, 8. - fr. 42, D. XXIII, 3. - Egli ha in conseguenza il diritto di affrancare gli schiavi dotati. Cost. 3, C. V, 12. - Cost. 1, 7, C. VII, 8

(2) Fr. 13, §. 4, D. XXIII, 5. - fr. 1, §. 10; fr. 7; fr. 13, D. XXXIII, 4. - Cost. 12, C. V, 3.

(3) Cost. 2, C. IV, 10.

(4) Gajo, II, 63. - Pr. J. II, 8, e Teofilo sopra questo passo. - Dig. XXIII, 5. - Cod. V, 23. - Cost. un. §. 15, C. V, 13. - La proibizione non si estende all'alienazione necessaria. Cost. 2, C. V, 23. - Vedi in generale R. Hommel, *Diss. de fundo dotali ejusque alienatione.* Lips. 1786. - Glück, *Comm.* parte 23. §. 1250. - Tigerstroem, §. 30.

(5) Fr. 10, §. 6, D. XXIII, 3. - fr. 11, D. XXIII, 5. - Cost. un. §. 15, C. V, 13, Fuori che quando la moglie si è riservata, in occasione della tassazione, la scelta di farsi restituire allo scioglimento del matrimonio i fondi, o il prezzo, Cost. 1, C. V, 23.

(6) Cost. 30, in fine, C. V, 12. - fr. 13, §. 3, D. XXIII, 5.

(7) Fr. 17, D. XXIII, 5. - Arg. fr. 17, D. XXI, 2. - fr. 3, D. XXI, 3. - Cost. 11, C. VIII, 45. - Vedi il §. 271.

(8) Arg. Cost. 16, C. V, 71, e Cost. 1, C. VI, 60.

(9) Fr. 13, §. 4, D. XXIII, 5. - fr. 77, §. 5, D. XXXI.

(10) Se il marito non usasse cura bastante nell'amministrazione della dote, la moglie avrebbe diritto di domandare delle misure di sicurezza; fr. 22, §. 8, D. XXIV, 3.

(11) Fr. 3, §. 1; fr. 13; fr. 16, D. XXV, 1.

(12) Ulpiano, VI, §. 4-7. - Dig. XXIV, 3. - Cod. V, 13, e 18. - Glück, *Comm.* par. 27. §. 1273. - Zimmern, t. I, §. 167. - Tigerstroem, t. II, §. 42-49.

trimonio (1). Questa regola incontra però un' eccezione, quando nella costituzione della dote, è stato convenuto che il marito alla morte della moglie la ritenga (2). La *dote avventizia* si trasmette agli eredi della moglie, a menochè il terzo, che l'ha costituita non ne abbia stipulato il ritorno (3).

2. Se il matrimonio è disciolto vivente la moglie, qualunque dote ritorna a lei (4), eccettuato il caso in cui un terzo, costituendola, non abbia stipulato che gli sia restituita, o il caso in cui la donna l' abbia consumata.

Vi ha qualche caso, specialmente quando il marito cade in miseria, in cui la restituzione della dote *deve* farsi pendente il matrimonio (5); in altri casi, il marito *può* restituirla durante il matrimonio (6).

§. 564. b. *Oggetto della restituzione.*

La natura dell'oggetto dato in dote è il punto primo da esaminarsi all'oggetto di risolvere la questione consistente nel sapere ciò che deve restituirsi come dote (7).

A. Se la dote consiste in una *somma di danaro* o in quantità, il marito deve restituire, allo scioglimento del matrimonio, un' egual somma di danaro o quantità della medesima qualità, poichè, pendente il matrimonio, questi oggetti erano a suo rischio e pericolo (8).

B. Se furono costituite in dote altre cose, mobili o immobili, bisogna distinguere:

1. Se le ha ricevute a stima *venditionis causa*, si presume che la dote gli sia stata venduta, se non è stata espressamente convenuta un'altra cosa. Questa, per vero, è a suo rischio e pericolo, durante il matrimonio, ma al suo scioglimento ha la scelta o di rendere la cosa *in specie*, o di restituirne il valore (9).

Ma se i beni dotali gli sono stati consegnati senza stima, o per lo meno se gli sono stati stimati *venditionis causa*, i diritti e le obbligazioni sono le seguenti:

a) Egli deve restituire le cose dotali *in specie*; è responsabile del dolo e della colpa, e deve prestar per esse la diligenza che presterebbe per gli affari suoi proprj (*diligentia quam in suis rebus*). Non è passibile del danno fortuito (10). Nel caso in cui ab-

(1) Fr. 6, pr. D. XXIII, 3. - Cost. 4, C. V, 18. - Questo punto era già in discussione fra i glossatori Balgarus e Martino. Vedi Savigny, *Hist. du droit rom. au moyen-âge*, t. IV, p. 83.

(2) Fr. 12, pr. D. XXIII, 4. - fr. 48, D. XXIV, 3. - fr. 17, D. XXIII, 5. - Cost. 6, C. V, 14.

(3) Cost. un. §. 6, 13, C. V, 13. - Sull'antico diritto, vedi Ulpiniano, VI, 5. - fr. 22, pr.; fr. 29, §. 1, D. XXIV, 3.

(4) Cost. un. §. 11, C. V, 13. - Sull'antico diritto: Ulpiano, VI, 6. - fr. 2, D. XXIV, 3. - La dote profettizia spetta egualmente alla moglie; Cost. un. §. 11, cit., e il padre non può richiederla al marito, che di consenso della moglie. Cost. un. §. 14, C. ibid.

(5) Fr. 24, pr. D. XXIV, 3. - Cost. 29, C. V, 12. - Cost. 1, C. V, 17. - Nov. 97, c. 6. - In questi casi le rendite della dote devono, come in addietro, essere impiegate al ben essere del matrimonio, e al mantenimento dei conjugi; i creditori del marito non vi possono avere veruna pretensione. - Cost. 29, C. cit.

(6) Fr. 20, D. XXIV, 3. - fr. 73, §. 1, D. XXIII, 3. - Perchè, in tesi generale, non può piacere al marito il restituire la dote durante il matrimonio, poichè vi si vedrebbe una donazione alla moglie che sarebbe nulla; fr. 28, D. XXIII, 4. - Cost. un. C. V, 19. - Cost. 20, C. V, 12. - Glück, *Comm.* parte 27, §. 1276, *a. b.*

(7) F. G. L. de Meyerfeld, *Disp. de quibusdam quæ de dote actione reddenda sint.* Marb. 1826. - Tigerstroem, t. II, §. 50-52.

(8) Fr. 41, §. 4; fr. 42, D. XXIII, 3.

(9) Fr. 10, pr. D. ibid. - fr. 9, §. 3, D. XX, 4. - Cost. 5, C. V, 12. - Cost. un. §. 9, 15, C. V, 13.

(10) Fr. 17, pr. D. XXIII, 3. - fr. 18, §. 1; fr. 24, §. 5; fr. 25, §. 1; fr. 66, pr. D. XXIV, 3. - Loehr, *Theorie de la*

bia validamente alienato i beni dotali, egli deve restituirne il valore (1).

b) Colla cosa principale, è obbligato a restituire le accessioni aggiuntevi durante il matrimonio (2).

c) Quanto ai frutti, è principio generale che il marito ha diritto a qualunque produzione da essi derivante, pendente il matrimonio. Quindi, se il matrimonio ha sussistito per più epoche di scadenza di frutti, questi appartengon tutti al marito, e non deve restituirli; ma se ha incominciato o cessato nel corso di un solo periodo di frutti, non glie ne perviene che una porzione, proporzionatamente al tempo in cui il matrimonio è esistito in questo periodo; l'altra porzione appartiene alla moglie o ai suoi eredi, e poco importa che gli abbia percetti il marito o la moglie (3).

d) D' altronde, il marito è in diritto di esigere la restituzione delle spese occorse per l' amministrazione dei beni dotali (4). La legge gli accorda, per le spese necessarie, un diritto di ritensione e di compensazione (*impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt*), e dopo la restituzione della dote, ha la condizione *indebiti* o *sine causa*; per le spese utili, la legge non gli accorda che l'azione del mandato o l'azione contraria della gestione degli affari, e per le spese voluttuose l'(*jus tollendi*) (5).

C. Quando la dote consiste in un diritto reale concesso *dotis nomine*, vien meno questo diritto col cessare del matrimonio (6).

D. Se è stato dato in dote un credito, esso deve essere riceduto, ove esista pur anco allo scioglimento del matrimonio; diversamente il marito deve darne il valore (7).

E. Il debito da cui il marito è stato liberato *dotis nomine*, rivive, e quando è stato renunziato in favor del marito, *dotis nomine*, a un diritto deferito, questo diritto, o il suo oggetto deve restituirsi alla moglie all'epoca dello scioglimento (8).

§. 565. c. *Dell'azione in restituzione della dote.*

Relativamente all'azione diretta contro il marito e suoi eredi per la restituzione della dote, l'antico diritto distingueva il caso in cui il padre della moglie o la moglie istessa avessero espressamente stipulata la restituzione, dal caso in cui non l' avessero. Nel primo caso, la legge accordava loro l'azione *ex stipulatu de dote reddenda*, il quale era di stretto gius; il marito era in obbligo di restituire tut-

---

faute, p. 166, e *Additions à la Theorie de la faute*, p. 205. - Hasse, *De la faute*, pag. 555.

(1) Arg. fr. 54, D. XXIII, 3, e Cost. 12, C. V, 12.

(2) Fr. 10, §. 1-3, D. XXIII, 3. - Cost. 1, §. 9, C. V, 13.

(3) Fr. 7, §. 1, D. XXIII, 3. - fr. 5; fr. 6; fr. 7, pr. §. 1, 2, 3, 6, 7, 8, e seg.; fr. 25, §. 4; fr. 31, §. 4, D. XXIV, 3. - Cost. un. §. 9, C. V, 13. - Sulla computazione della parte del marito, in ordine al fr. 7. §. 1, D. XXIV, 3, vedi Cujacio. *Ad Pauli sententiam rec.* II, 22, §. 1: *Ad Papiniani quæst. XI*; *Observ.* XIV, 22. - Connani, *Comm. jur. civ.* II, 8, c. 10, n. 8. - Doneau, *Comm. jur. civ.* XIV, 7. - Soprattutto: Ed. Schrader, *De divisione fructuum dotis.* Helmst. 1805. - Glück, *Comm.* parte 27. §. 1276, *d-k*.

(4) Ulpiano, VI, 14, 17. - Dig. XXV, 1. - C. Valett. *Diss. retentionibus ex dote faciendis.* Gœtt. 1820. - G. G. Biener, *Interpr. et resp. cap.* 18, *de impensarum in res dotales factarum repetitione*. Lips., 1824.

(5) §. 37, J. IV, 6. - fr. 56, §. 3, D. XXIII, 3. - fr. 5, pr. §. 1, 2; fr. 7, §. 1; fr. 8-11, pr. D. XXV, 1. - fr. 7, §. 16, D. XXIV, 3. - Cost. un. §. 5, C. V, 13. - Glück, *Comm.* parte 27. §. 1280. - Tigerstroem, t. II, §. 59.

(6) Sopra la restituzione di un usufrutto costituito in dote, vedi fr. 57, D. XXIV, 3. - fr. 66; fr. 78, §. 2, D. XXIII, 3. - De Zahn, *Diss. illato ab uxore vel ejus nomine usufructu quid maritus vel ejus heres restituat?* Lips. 1832.

(7) Fr. 12, §. 2; fr. 43, pr. D. XXIII, 3.

(8) Fr. 14, §. 3, D. XXIII, 5.

to ciò che aveva ricevuto, anche quando fosse volto a miseria; nel secondo caso, al contrario, la legge accordava loro l'azione *rei uxoriæ s. dotis*, la quale era di buona fede, e il marito non era obbligato al di là dei suoi mezzi (*in quantum facere potest*). Il terzo il quale aveva stipulato che la dote gli fosse restituita, non aveva, in ogni caso che l'azione *ex stipulatu* (1). A tenore del diritto giustinianeo, i suoi eredi e il padre, potevano sempre farsi restituire la dote per l'azione *ex stipulatu*, anche quando non fosse intervenuta alcuna stipulazione *de reddenda dote*. Giustiniano ordinò che quest'azione *ex stipulatu*, non meno che l'azione *rei uxoriæ*, fosse riguardata sempre come azione di buona fede. Ne consegue che il marito non può esser condannato che fino a concorrenza delle sue facoltà, ma deve promettere di pagare in seguito il meno che restituisce, ove la sua posizione divenga migliore (2). Il terzo che ha costituito la dote non ha azione in restituzione che nel caso in cui se ne sia espressamente riservato il diritto (3).

§. 566. d. *Epoca della restituzione.*

Parlando dell'epoca in cui la dote doveva restituirsi, l'antico diritto distingueva fra quella di cui potevasi perseguitare la restituzione per l'azione *ex stipulatu*, e quella che poteva ripetersi per l'azione *rei uxoriæ*. Nel primo caso, poteva ripetersi la intiera dote dopo lo scioglimento del matrimonio, anche se non rimaneva più nulla al marito; nel secondo caso, il marito non era in obbligo di restituire la quantità ricevuta che in tre termini annui (*annua, bima, trima die*); ogni rimanente deve rendersi immediatamente dopo lo scioglimento del matrimonio, ma il marito non poteva esser condannato che fino a concorrenza dei suoi mezzi (4). Secondo la disposizione di Giustiniano, gl'immobili debbono esser restituiti immediatamente, ove non esista convenzione contrarià. Quanto ai mobili, ai quali attiene del pari la quantità, bisogna esaminare s'essi danno un interesse determinato da prestarsi da un terzo, o se il marito gli ha impiegati per i suoi proprj affari o sua industria. Nel primo caso, i frutti dell'anno in cui cessa il matrimonio, debbono dividersi in proporzione del tempo, fra il marito e la moglie o suoi eredi; nel secondo caso, egli non li restituisce che decorso l'anno. Il marito o suoi eredi costituiti in mora a restituire la dote all'epoca fissata, pagano il 4 % d'interesse (5).

§. 567. e. *Garanzia della moglie per assicurare la restituzione della dote.*

A. Tranne la proibizione che l'antico diritto aveva fatto d'alienare l'immobile dotale, ben poca sicurezza aveva concessa alla moglie per la restituzione della dote. Se essa non si era, a tal uopo, fatta costituire un'ipoteca dal marito, non godeva, in caso di concorso, che un privilegio essenzialmente personale (*privilegium exigendi*) di fronte ai creditori chirografarj (6).

Ma Giustiniano a poco a poco l'accordò maggiori sicurezze:

1. Egli ordinò da primo, nel 528 (7),

(1) Cost. un. C. V, 13. - Zimmern, *Hist. du droit rom.* t. I, §. 169, 170.

(2) Cost. un. *Diss. de veteris dotis actionum rei uxoriæ atque ex stipulatu, differentiis.* Kiliæ, 1826. - Tigerstroem, t. II, §. 54-56; §. 63-65.

(3) Cost. un. cit. §. 13.

(4) Sopra questo antico diritto: Ulpiano VI, 8. - *Fragm. Vat.* §. 94-122.

(5) Cost. un. §. 7, C. V, 13. - Schrader, *De div. fructuum dotis*, §. 27. - Glück, *Comm.* parte 27. §. 1276. - Tigerstroem, t. II, §. 66.

(6) Fr. 17, §. 1, D. XLII, 5. - fr. 74, D. XXIII, 3. - Cost. un. C. VII, 74. - Tigerstroem, t. II, §. 67, 68.

(7) Cost. 29, C. V, 12. - Cpr. fr. 24, pr. D. XXIV, 3. - Cost. 30, in fine, C. V, 12. - Nov. 97, c. 6.

che nel caso in cui la moglie fosse autorizzata a chiedere la restituzione della dote pendente il matrimonio, a causa della decozione del marito, e a ritenere i suoi beni convenzionalmente a tal uopo ipotecati, fosse in diritto, trovandosi in possesso di questi beni, non solo ad opporre eccezione ai creditori ipotecarj posteriori, ma ad intentare anche l'azione ipotecaria contro i possessori dei beni a lei ipotecati, ove il loro diritto non fosse anteriore e più favorevole; Giustiniano non permise, in tal caso, che si potesse opporre l'eccezione del matrimonio non disciolto.

2. In appresso, per costituzione emanata nel 529, prescrisse (1):

a) Che la moglie potesse rivendicare come sue proprietà (*quasi suas proprias*), col mezzo d'un'azione reale, tutti i beni dotali, esistenti all'epoca dello scioglimento del matrimonio, mobili o immobili, stimati o no, e che niun creditore potesse antecederla nella sua ipoteca.

b) Che la moglie avesse sui beni dotali un'ipoteca legale, e la scelta di rivendicare la cosa coll'azione reale o ipotecaria, e che antecedesse coll'azione ipotecaria tutti gli altri creditori ipotecarj del marito.

c) Volle, infine, che qualunque prescrizione, quanto a queste due azioni, non cominciasse a decorrere che dall'epoca in cui la moglie avesse potuto intentarla.

3. Nel 530, Giustiniano accordò alla moglie, in sicurezza della dote, un'ipoteca legale generale sui beni del marito; questa ipoteca, che veniva del pari accordata agli eredi della moglie e a suo padre, nel caso in cui avesse diritto alla restituzione, non si estendeva al terzo che aveva costituito la dote, e non vinceva i creditori ipotecarj anteriori e più favorevoli (2).

4. Finalmente, prescrisse, nel 531, che la moglie, ma ella sola, avesse, per questa ipoteca, un privilegio su tutti gli altri creditori pignoratarj o ipotecarj del marito (3).

§. 568. B. *Della donazione a causa di nozze.*

Parlando di dote, noi troviamo nel diritto romano una specie di donazione detta altra volta: *donatio ante nuptias* o *antenuptialis*, cui Giustiniano diè nome di *donatio propter nuptias* o *antipherna* (4). In fatti, quando la moglie aveva costituita una dote, e in forza del contratto di matrimonio, il marito, sopravvivendo, l'amministrava nella sua totalità, o in parte, si esigeva, all'effetto di stabilire una certa compensazione di diritti fra' conjugi, che il marito dal canto suo costituisse alcuni beni di cui la moglie doveva godere, sopravvivendo, e nei modi con cui il marito profittava della dote; questi beni, che potevano in tal caso provenire dal marito, o da suo padre, o da un terzo, si dicevano: *donatio proter nuptias* (5).

1. A norma delle disposizioni di Giustiniano, la quantità di questi beni doveva esser la stessa di quella as-

(1) Cost. 30, C. V, 12. - Questa costituzione si spiega in differenti maniere.

(2) Cost. un. §. 1, 3, 4, 11, 13, C. V, 13.

(3) Cost. 12, C. VIII, 18. - Cpr. Nov. 97, c. 2, 3. - Nov. 109, c. 1.

(4) §. 3, J. II, 7, e Teofilo sopra questo passo, Cod. V, 3, e le costituzioni e novelle indicate nelle note seguenti. - Le opinioni dei Giureconsulti sono altronde divise assai sopra la nozione, lo scopo ed il tutto insieme della donazione per causa di matrimonio. - V. C. F. I. Schorch, *Diss. de donatione propter nuptias romana ejusque origine.* Erford, 1787. - Idem *pr. I-IV, jurium donationis propt. nupt. rom. historiæ delineatio.* Erford, 1787-1800. - A. G. Foerster, *Diss. de origine atque propagatione donationis ante nuptias* Vratisl. 1812. - G. Koch, *Diss. de donatione propt. nuptias.* Lips. 1818. - Glück, *Comm.* parte 25. §. 1242. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 163.

(5) Cost. 9, C. V, 14. - Cost. 19, 20, C. V, 3.

sicurata al marito in caso di morte della moglie, e deve aumentarsi nella proporzione istessa della dote (1).

2. La donazione a causa di nozze forma parte dei beni del marito (2) che l'amministra durante il matrimonio e ne percipe i frutti. Non gli è permesso d'alienare, oppignorare o ipotecare gl' immobili facienti parte della donazione, consentendolo anche la moglie, a meno che ella non rinnovi il consenso dopo due anni. La legge accorda egualmente alla moglie, per assicurare i suoi diritti sulla donazione, una ipoteca legale ma non privilegiata sui beni del marito. Se il marito volge a miseria, la moglie ha diritto di esigere la donazione, del pari che la dote, durante il matrimonio; ma non può alienarla, ed è obbligata d'impiegarne le rendite in vantaggio del matrimonio (3).

3. Dopo lo scioglimento del matrimonio bisogna distinguere:

a) Se il matrimonio è disciolto per morte della moglie o per divorzio, il marito ritiene la donazione, a meno che il terzo, che l'ha costituita, non se ne sia riservato la restituzione (4), o che il marito non soccomba nell'istanza del divorzio; in tal caso, egli incorre nella pena di perdere la donazione, la quale si devolve alla moglie (5).

b) Se al contrario il matrimonio è disciolto per morte del marito, il contratto di matrimonio assicura alla moglie la donazione. Esistendo però dei figli del matrimonio, la moglie non acquista che l'usufrutto dei beni che formano oggetto della donazione, mentre la proprietà ritorna ai figli (6); ma se non vi son figli, la moglie ne acquista la piena proprietà e la libera disposizione (7).

§. 569. C. *Dei beni parafernali.*

Tutti i beni della moglie che non sono *dotali* si dicono *parafernali* (*parapherna*) (8); essi sono e restano nella proprietà illimitata della moglie; essa può dunque alienarne gli oggetti, mobili o immobili, e il marito non ha su questi beni altri diritti che quelli che gli accorda la moglie (9). Può essa cedergliene la proprietà (10), o l'amministrazione soltanto (*res in parapherna datæ*). Nel primo caso, il marito acquista tutti i diritti di vero proprietario; nel secondo, è in obbligo di render conto della sua amministrazione (11), e di risarcire i danni cagionati per capriccio o imprudenza. Sotto questo rapporto, egli è in obbligo di curare i beni parafernali in quella guisa che curerebbe ordinariamente i suoi (12), e la moglie ha, in garanzia, una ipoteca legale ma

---

(1) Nov. 22, c. 20. - Nov. 97, c. 1, 2. - Nov. 98, c. 2.

(2) Altri al contrario la pongono fra i beni della moglie; ma vedi la Nov. 61, c. 1.

(3) Nov. 61, c. 1. - Nov. 109, c. 1.

(4) Cost. 18, C. V, 3. - Cost. 31, §. 1, C. V, 12. - Nov. 22, c. 20, §. 1.

(5) Cost. 8, §. 4, 5, 7; Cost. 11, C. V, 17. - Nov. 22, c. 8, 9, 18. - Nov. 53, c. 6. - Nov. 117, c. 9, §. 4, 6, c. 13.

(6) Altre volte non era così se non se nel caso in cui la donna passasse a seconde nozze. - Cost. un. in fine. C. V, 10. - Nov. 22, c. 32, 33. - Ma in seguito delle disposizioni posteriori, la proprietà deve ritornare ai figli subito dopo la morte del marito. Nov. 98, c. 1. - Nov. 127, c. 3. - Nov. Leon. 20.

(7) Cost. 29, C. V, 12. - Cost 9, 10, C. V, 14, - Cost. 20, C. V, 3. - Cost. 7-8. C. V, 9. - Nov. 2, c. 2. - Nov. 22, c. 26. - Nov. 97, c. 1, 2.

(8) Hulder ad Eyben, *De jure parapheronorum*, nelle sue opere, ed Hert. Argentor 1708, p. 307. - Glück, *Comm.* parte 25. §. 1240. - Hasse, §. 120, 130. - Zimmern, *Hist. du droit rom.* t. I, §. 161.

(9) Cost. 8, 11, C. V, 14.

(10) Fr. 9, §. 2, 3, D. XXIII, 3, - I beni parafernali non si cangiano per questo in dote, perchè la volontà di costituirli in beni dotali manca loro (*animus dotis constituendæ*). - Hasse, p. 430.

(11) Fr. 95, pr. D. XXXV, 2.

(12) Cost. 11, C. V, 14. - Cost. 21, C. II, 13.

non privilegiata su tutti i beni del marito (1).

§. 570. D. *Dei patti dotali* (2).

I conjugi determinano assai spesso in modo più speciale, per patti dotali, contratto di matrimonio, (*pacta dotalia s. nuptialia*), i loro diritti relativamente ai beni (3); queste convenzioni possono concludersi tanto prima che dopo la celebrazione del matrimonio (4). Ma bisogna, nel primo caso, che siano susseguite dal matrimonio (5). D'ordinario, son redatte in scrittura (*instrumenta dotalia*) e servono a provare le convenzioni che i contraenti hanno fatto a riguardo della dote, in generale, respettivamente ai lor beni. Non è però necessario che siano redatte in scritto (6), nè che siano inscritte, quando non contengono donazione (7). Esse non debbono contrariare in nulla il fine del matrimonio, nè il rispetto dovuto al marito, nè la dignità della moglie, nè la destinazione della dote, nè per nulla restringere o porre in pericolo i diritti dell'uno o dell'altro dei conjugi sulla dote o donazione nuziale (8). È però valida la convenzione che il marito amministri la dote in caso di morte della moglie (9).

§. 571. E. *Donazioni fra'conjugi* (10).

Le donazioni fra'conjugi son nulle, ma divengon valide se il donante muore pendente il matrimonio senza aver revocato la donazione (11). Il donante, non già i suoi eredi, può sempre revocare la donazione, e non solo ricusarsi a eseguir la promessa, ma ripetere anche in ciò che ha donato; la legge gli accorda a tal effetto, se i beni sono ancora in natura, l'azione reivindicatoria; in caso contrario, la condizione *sine causa*, in quanto il donatario si trova locupletato al momento della contestazione della lite (12). Se muore prima del donatario, senza aver revocato la donazione, essa divien valida; se, per lo contrario, il donatario muore prima del donante, la donazione è, e resta nulla di pieno diritto, anche senza revoca; finalmente muorendo entrambi nel tempo medesimo, il donante, senza dubbio, si ha come morto il primo e la donazione

---

(1) Cost. 11, C. V, 14.

(2) Dig. XXIII, 4. Cod. V, 14. - Glück, *Comm.* parte 25. §. 1244. - Tigerstroem, t. I, §. 15; t. II, §. 77-80.

(3) Talvolta si fa distinzione fra i *pacta nuptia*, che regolano i rapporti personali dei conjugi e dei figli, ed i *pacta dotalia*, che hanno imposto ai loro beni.

(4) Fr. 1, pr.; fr. 12, §. 1; fr. 20, pr. D. XXIII, 4.

(5) Fr. 4, §. 2, D. II, 14. - fr. 21, 68, D. XXXIII, 3.

(6) Cost. un. pr. C. V, 13: « *sive scripta fuerit stipulatio sive non* ». - Cost. 15, C. V, 12. - I grandi dignitari, e le persone illustri hanno solo l'obbligo, secondo il diritto di Giustiniano, di fare un contratto scritto di matrimonio. Nov. 117, c. 4, 6. - La legittimazione dei figli naturali per matrimonio susseguente dei loro genitori richiede contratti scritti di matrimonio; §. 13, J. I, 10. - Cost. 6, 7, 10, 11, C. V, 27, - Nov. 89, c. 8.

(7) Cost. 25, C. V, 16. - Nov. 127, c. 2.

(8) *Consult. vet. Jcti.* §. 4, e Paul. *Sent. rec.* I, 1, 6. - « Functio dotis pacto mutari non potest ». - Per esempio: fr. 27, §. 2, D. II, 14. - fr. 2; fr. 4, pr.; fr. 12, §. 1; fr. 5, §. 1, 2; fr. 6; fr. 14-17, D. XXIII, 4. - fr. 14, §. 1, D. XXIV, 3. - Cost. 3, 6, 9, 10, C. V, 14. - Nov. 97, c. 1. - Tigerstroem, t. II, §. 81.

(9) Fr. 12, pr; fr. 26, §. 2, D. XXIII, 4. - Cost. 6, C. V, 14.

(10) Dig. XXIV, 1. - Cod. V, 16. - S. Gentilis, *De donationibus inter virum et uxorem.* Francfort, 1606; e *Oper.* t. IV. - I. F. De Retes, *De donationibus inter virum et uxorem:* in Meerman, *Thés.* t. VI, p. 663. - H. F. Hake, *Diss. de donationibus inter virum et uxorem non ipso jure nullis.* Helmst. 1752. - I. H. Boehmer. *Exerc. ad Dig.* t. IV, n. 72. - Glück, *Comm.* parte 25. §. 1253; parte 26. §. 1258. - Zimmern, *Hist. du droit rom.* t. I, §. 164.

(11) Fr. 3, §. 10; fr. 32; fr. 33, §. 2, D. XXIV, 1. - Cost. 10, C. V, 16.

(12) Fr. 5, §. 18; fr. 6; fr. 7, pr.; fr. 31, §. 2; fr. 55, ibid.

sussiste (1). Ma un tal principio non è applicabile:

1. Che alle donazioni pienamente eseguite, e non già alla semplice promessa di donazione che, per quanto non revocata, non acquista validità per la morte del donante e non produce azione di sorta contro i suoi eredi (2).

2. Che alle *donazioni* fra'coniugi, e non già ad altre convenzioni fatte fra loro, a meno che non contengano esse in tutto o in parte una donazione simulata (3).

3. Infine, questo principio non è applicabile che alle donazioni *fra'coniugi*, e non già a quelle fatte tra fidanzati o persone che vivono in concubinaggio, o a quelle fatte dopo il matrimonio (4). Poco importa, allora che i conjugi si facciano direttamente donazione, o che la moglie doni a una persona che trovasi sotto la potestà del marito (5).

Esistono, però, delle donazioni fra i conjugi valide e irrevocabili da principio. Tali son quelle in cui il donatario non divien più riccò, nè più povero il donante (6); come la donazione fatta in vantaggio del mantenimento della casa, o all'oggetto di pervenire a una dignità (7); tali sono ancora i casi in cui la donazione è di poco valore (8); o quella fatta pel restauro d' uno stabile (9). Tali, infine, sono le donazioni remuneratorie (10), quelle fatte in veduta del divorzio (11), e quelle che si fanno reciprocamente il principe e l'imperatrice (12).

CAPITOLO TERZO

Scioglimento del matrimonio.

§. 572. I. *Generalità.*

Il matrimonio si scioglie:

1. Per *morte* e, in diritto romano, per la diminuzione di capo d'uno dei conjugi (13).

2. Per *impedimento al matrimonio*, sopraggiunto pendente la sua esi–

(1) Cost. 6, C. V, 16. - Cost. 25, C. ibid. - fr. 1, §. ult. D. XLI, 6. - fr. 32, §. 14, D. XXIV, 1. - fr. 26, D. XXXIX, 6. - fr. 5, D. XXXIV, 5.

(2) *Fragm. Vat.* §. 276, 294, in fine. - fr. 23, D. XXIV, 1. - fr. 32, §. 2, ibid. - « Hæredem vero *eripere* ». Molti autori professano una diversa opinione a motivo dei fr. 33, ibid. - Cost. 2, C. V, 15. - Cost. 35, C. VIII, 54, e Nov. 162, c. 1, (non glossata); soprattutto Glück, *Comm.* parte 26. p. 215.

(3) Fr. 5, §. 5, 6, 7; fr. 7, §. 5; fr. 52, D. XXIV, 1.

(4) Fr. 5, pr.; fr. 27, 94, 65, D. XXIV, 1. - fr. 31, D. XXXIX, 5.

(5) Fr. 3, §. 2, 6; fr. 5, §. 2; fr. 32, §. 20, 21, D. XXIV, 1. - Cost. 4, 5, C. V, 16. - F. C. A. Trützsler, *Diss. de donatione inter conjuges per alium facta prohibita.* Jenæ, 1771.

(6) Fr. 5, §. 8-12, 16; fr. 8, 9, pr.; fr. 5; fr. 32, §. 14, D. XXIV, 1. - Tale è pure il caso in cui uno dei conjugi rifiuta un guadagno in favore dell'altro; fr. 5, §. 13-15; fr. 31, §. 7, D. ibid.

(7) Fr. 31, §. 10; fr. 40-42, D. ibid. - Ulpiano, VII, 1.

(8) Fr. 7, §. 1, 2; fr. 31, §. 8, 9, D. ibid.

(9) Fr. 14, D. ibid. Ma tale è la donazione fatta per la costruzione d'una casa nuova; fr. 13, §. 2, ibid.

(10) Glück, *Comm.* parte 26. p. 194, 199.

(11) Fr. 11, §. 11; fr. 12; fr. 60, §. 1; fr. 62, ibid.

(12) Cost. 26, C. V, 16.

(13) Fr. 1. D. XXIV, 2.

stenza, lo che avveniva in specie per diritto romano, quando ineguaglianza di condizione (1), o parentela troppo prossima aveva luogo fra' conjugi (2).

3. Per *divorzio*, di cui noi parleremo adesso più lungamente.

§. 573. II. *Il divorzio* (3).

Dicesi *divorzio* (*divortium*), lo scioglimento d'un legittimo matrimonio (4), che si opera viventi i conjugi, per volontà d' entrambi o di un solo. In tal materia, i romani partivano dal principio, che il matrimonio, secondo la sua natura morale, considerato come una libera unione dei conjugi per tutta la vita, doveva del pari cessare per lor volontà, quando entrambi, o uno di essi non sentivasi più destinato a comunione siffatta. Allorquando i due conjugi s' accordavano allo scioglimento del matrimonio, potevano volontariamente separarsi; lochè dicevasi *divortium facere*, *bona gratia discedere* (5). La rinunzia al matrimonio fatta da uno di loro, era del pari ammissibile, fosse per parte del marito, fosse per parte della moglie; e dicevasi *repudium mittere*. Altra volta, questo ripudio fu permesso senza che il conjuge, il quale voleva rompere l' unione avesse bisogno di presentare particolari motivi. Egli era libero per diritto di separarsi, per quanto nei tempi anteriori i costumi avessero reso il ripudio molto difficile. Non avvenne che sotto Teodosio e Valentiniano che ne furono determinate le cause (*causæ repudii*), e quegli che voleva sciogliere il matrimonio senza legittima causa andava incontro, quanto ai beni, a certe penalità; egualmente che il conjuge il quale, per sua mala condotta, dava all'altro giusto motivo di ripudio.

Giustiniano confermò questi principii e maggiormente li precisò (6). Del rimanente, non abbisognava presso i romani l'intervento d'un decreto di separazione emanato dal Magistrato; qualunque separazione era e restava affare privato.

§. 574. III. *Effetti dello scioglimento del matrimonio* A. *Quanto alle persone dei conjugi.*

Lo scioglimento del matrimonio, sia per morte d'uno dei conjugi, sia per divorzio, produce l'effetto, riguardo alla persona dei conjugi, di far cessare tutti i rapporti personali prodotti dal matrimonio. Ciascuno di essi è in facoltà di contrarne un nuovo; la vedova però, come la donna che ha fatto divorzio, non può convolare a seconde nozze che dopo un anno dallo scioglimento del precedente matrimonio. Finchè non si rimarita, conserva il nome, il grado, e lo stato del marito (7). Quando lo scioglimento del matrimonio è conseguenza di un

(1) Nulladimeno, questo punto era già in discussione fino dal tempo di Ulpiano. Giustiniano abolì questa specie di dissoluzione con la Cost. 28, C. V, 4.

(2) Per esempio, allorchè il suocero adotta il suo genero prima di avere emancipata la sua figlia. §. 2, J. I, 10. - fr. 67, §. 3, D. XXIII, 2.

(3) Dig. XXIV, 2. - Cod. V, 17. - Nov. 22, c. 4, 19. - Nov. 117, c. 8, 14. - Nov. 123, c. 40. - Nov. 127, c. 4. - Nov. 134, c. 11. - Nov. (non glossata) 140. - D'Avezan, *De matrimonio*, c. 39-43. In Meerman, *Thes.* t. IV, p. 350. - G. A. Marche, *Hist. jur. civ. de divortiis.* Lips. 1794. - C. F. A. Wannaar, *Diss. de divortiis et repudiis.* Gand. 1829. - C. Wæchter, *Ueber Ehescheidungen bei den Rœmern*, ovvero *Des divorces chez les Romains.* Stuttg. 1822. - Glück, *Comm.* parte 26. 1259, e seguenti. - Zimmern, *Hist. du droit rom.* t. I, §. 152-155.

(4) Per questo il divorzio si distingue dalla *dichiarazione di nullità* di un matrimonio invalido.

(5) Fr. 2, 6, 9, D. XXIV, 2. - Cicerone, *Ad div.* VIII, 7. - Gellio, IV, 3. - Heineccio, *Antiq. rom.* in adp. lib. I, §. 48.

(6) Cost. 8, D. V, 17. - Cost. 10, 11, C. ibid. - Vedi parimente le Novelle indicate nella nota 10, p. precedente. - Tigerstrœm, t. II, §. 44.

(7) Fr. 22, §. 1, D. L, 1. - Nov. 22, c. 36.

divorzio, il conjuge innocente, essendo miserabile, ha il diritto agli alimenti dal conjuge colpevole in proporzione dei suoi mezzi. D'altra parte, il conjuge colpevole che è costretto di abbandonare, come pena, tutti i suoi beni all'altro, è in diritto di chiedere a questi gli alimenti pel suo sostentamento (1).

§. 575. a. B. *Quanto ai beni dei conjugi in generale.*

Relativamente ai beni dei conjugi, dallo scioglimento del matrimonio derivano le appresso conseguenze:

A. Il marito è obbligato a restituire la dote, ove non gli appartenga in caso di morte della moglie, e vengono a cessare i suoi diritti sui beni parafernali di lei.

B. Ma se il matrimonio è disciolto per divorzio, ne derivano, per diritto nuovo, i seguenti effetti sui beni particolari dei conjugi (2).

1. Si estingue qualunque disposizione d'ultima volontà, fatta dall'uno dei conjugi in favore dell'altro, pendente il matrimonio, egualmente che il diritto di successione legale dei conjugi (3), senza esaminare per colpa di quale dei due il matrimonio sia disciolto; i contratti matrimoniali perdono la loro validità (4), a menochè non contengano disposizioni che prevedano il caso del divorzio; allora essi conservano tutti i loro effetti (5).

2. Quando, al contrario il divorzio avviene per colpa d'uno dei conjugi soltanto, sia per adulterio, sia per qualunque altro delitto, la moglie perde la dote, che passa nel marito; il marito colpevole, perde in favore della moglie, la donazione fatta a causa di nozze. Ma se non v'è nè costituzione di dote nè donazione, le disposizioni anteriori a Giustiniano prescrivevano, che in luogo della dote o della donazione, il conjuge innocente ricevesse la quarta parte dei beni dell'altro senza poter pretender però una somma eccedente le cento libbre d'oro (6). Ma giusta le disposizioni di Giustiniano, quando non eravi dote costituita, il marito non deve aver più diritto alcuno sulla quarta parte dei beni della moglie che ha cagionato la separazione; questa al contrario quando il marito separasi ingiustamente, deve ricevere una porzione civile, esistendo più di tre figli, sia d'antecedente matrimonio, sia di quello disciolto, e in ogni altro caso, le si accorda, come per lo innanzi, la quarta parte dei beni del marito (7).

3. Quando il divorzio avviene per causa d'adulterio, la legge commina, oltre la punizione stabilita contro il conjuge adultero, altre pene ancora riguardanti i beni. Quindi:

a) Se la separazione ha luogo per

---

(1) Sopra questa materia vedi particolarmente K. Wæchter, p. 113, e seg.; p. 162, e seg; p. 236, e seg. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 166-171.

(2) Secondo l'antico diritto, se il divorzio aveva luogo per colpa della moglie, vi erano dei diritti di retenzione *(retentiones ex dote)*, tanto per i figli, tanto per i costumi *(propter mores)*; ed il marito, se era in colpa, incorreva pure in certe pene relativamente alla dote. Ulpiano, IV, §. 9-13. - Questo diritto fu abolito da Giustiniano nella Cost. un. §. 5. C. V, 13. - C. I. M. Valett, *De retentionibus ex dote faciendis*. Gœtt. 1820. - Zimmern, t. I, §. 168-171. - Tigerstroem, *Du droit dotal*. T. 22, §. 57, 58.

(3) Fr. 49, §. 6, D. XXXII. - fr. un. D. XXXVIII, 11. - Nov. 117, c. 5, verb. « *usque ad mortem* ».

(4) Arg. fr. 21, 68, D. XXIII, 3, ed i passi della nota precedente.

(5) Nov. 134, c. 10, in fine. - « *Ut per omnes casus viro pacta dotalibus illata instrumentis serventur* ».

(6) Cost. 8, §. 4, 5, 7. - Cost. 11, C. V, 17. - Nov. 22, c. 18. - Nov. 53, c. 6. - Nov. 74, c. 5. - Altronde queste pene erano applicate, in diritto romano, tanto per il caso in cui l'uno dei conjugi dava per la sua mala condotta, dei motivi legittimi di divorzio, quanto per il caso in cui l'uno si separava dall'altro volontariamente.

(7) Nov. 117, c. 5, in fine.

causa d'adulterio del marito, questi perde in favor della moglie, non solo la donazione a causa di nozze, o la porzione dei beni determinata dalla legge, ma anco tutti gli altri beni. Questi si devolvono ai suoi discendenti, in mancanza di discendenti, agli ascendenti fino al terzo grado, e in mancanza di essi, al fisco.

b) Se la separazione avviene per adulterio della moglie, essa è rinchiusa in un convento, perde la sua dote, che passa nel marito, e deve in oltre dargli il terzo del valor della dote, tolto dai rimanenti beni, una porzione dei quali ritorna a suoi discendenti e ascendenti, e una porzione al convento; se la donna non ha nè discendenti, nè ascendenti, il convento s'impossessa di tutti i beni di lei (1).

c) Infine, quando il marito ha accusato d'adulterio falsamente la moglie, questa può chiedere per tal motivo il divorzio; quando non esistono, figli dal loro matrimonio, essa è in diritto di esigere oltre la dote e la donazione a causa di nozze, il terzo del valore della donazione sui beni del marito; ma quando vi sono figli appartengono ad essi tutti i beni del marito (2).

Queste pene non sono comminate che allorquando la separazione è stata cagionata per colpa d'uno dei conjugi; esse non sono in guisa alcuna applicabili quando entrambi i conjugi si trovano in colpa (3).

§. 576. b. C. *Quanto ai* lucra nuptialia *in particolare* (4).

Per *lucra nuptialia* s'intende tutto ciò che un conjuge acquista dai beni dell'altro, avanti o dopo la celebrazione del matrimonio, o durante il matrimonio, o all'epoca dello scioglimento di lui per morte o per divorzio; poco importa chè questi beni provengano dalla liberalità del conjuge, ch'ei li acquisti in forza di contratto matrimoniale, o li riceva contro la volontà dell'altro conjuge, in forza di legale disposizione; i *lucra nuptialia* comprendono dunque tanto la dote e la donazione a causa di morte, appartenente all'uno dei conjugi per la morte dell'altro, quanto ogni profitto derivante dal divorzio (*lucra ex divorzio*) (5). I diritti del conjuge sui *lucra nuptialia,* dopo lo scioglimento del matrimonio, si determinano dalla esistenza o non esistenza dei figli. Nel secondo caso, non vi è restrizione di sorta; tutti i *lucra nuptialia* ch'egli riceve, sono in sua piena proprietà e ne dispone liberamente (6). Nel primo caso, al contrario, bisogna distinguere la legislazione antecedente alla Novella 98, e la susseguente:

1. Innanzi alla Novella 98, ciascun conjuge, anche esistendo figli nati dal matrimonio, acquistava la piena proprietà di tutti i *lucra nuptialia* e ne disponeva liberamente. Solo contraendo un secondo matrimonio, ei ne perdeva la proprietà in vantaggio dei figli di primo letto, e non ne conservava che l'usufrutto sua vita durante (7). I figli del primo letto, avevano in garanzia dei loro diritti sulla proprietà, un'ipoteca legale sui beni del padre loro (8).

2. Ma Giustiniano ordinò, colla Nov. 98, cap. 1, che la proprietà della

---

(1) Nov. 117, c. 8, §. 2; c. 9, § 5; c. 13. - Nov. 134, c. 10.

(2) Nov. 117, c. 9, §. 4. - Glück, *Comm.* parte 27. p. 9-93, dà tutta la materia delle pene dell'adulterio.

(3) Fr. 39, 47, D. XXIV, 3.

(4) Zimmern, *Hist. du droit,* t. I, p. 117, 178.

(5) Cost. 3, pr. C. V, 9. - Cost. 11, §. 1, C. V, 17. - Nov. 22, c. 30. - Nov. 98, c. 2.

(6) Cost. 3, §. 1, in fine, C. V, 9. - Cost. 11, §. 1, C. V, 17. - Nov. 22, c. 22, pr.; c. 23, pr. - Nov. 98, c. 2. - Nov. 117, c. 13.

(7) Cost. 3, pr., Cost. 5; Cost. 6, §. 1; Cost. 8, §. 1; Cost. 9, §. 1, C. V, 9. - Cost. 8. §. 7; Cost. 11, C. V, 17. - Nov. 22, c. 23-26, 30, 34.

(8) Cost. 6, §. 2. - Cost. 8, §. 4, 5, C. V, 9. - Nov. 22, c. 24.

dote e della donazione a causa di nozze, che il conjuge superstite acquistava per la morte dell'altro, appartenesse immediatamente ai figli dopo lo scioglimento del matrimonio, e senza riguardare se il superstite contraeva o no un secondo matrimonio; ma a questi era devoluto, durante sua vita, l'usufrutto su questi beni, e doveva dare ai figli un'ipoteca legale in sicurezza dei loro diritti sulla proprietà (1). Gli stessi principj erano da applicarsi relativamente ai beni, che dopo il divorzio, il conjuge innocente acquistava su quelli del colpevole (2), e la Novella 117. cap. 5, estendeva del pari queste disposizioni alla porzione che la vedova indigente aveva diritto di chiedere sui beni del conjuge ricco premorto (3).

§. 577. IV. *Pene delle seconde nozze* (4).

Il conjuge che dopo lo scioglimento di un primo matrimonio, ne contrae un secondo, va incontro, riguardo ai beni, a pene determinate.

I. Fra queste, ve ne ha che sono applicabili di pieno diritto, e comunque si dicano, *pœnæ secundarum nuptiarum*, non sono con tutto ciò vere pene, ma piuttosto disposizioni legali restrittive la proprietà, e il di cui fine è di proteggere i figli nati dal primo matrimonio, danneggiati troppo spesso in pro d' un secondo. Quindi non è questione ove non esistano figli del primo matrimonio (5). Bisogna però fare ancora la seguente distinzione:

A. Alcune di queste pene legali colpiscono tanto il padre che la madre contraendo un secondo matrimonio. Quindi:

1. Il conjuge che contrae un secondo matrimonio, perde in vantaggio dei figli di primo letto la proprietà dei *lucra nuptialia* di cui questi figli non hanno avuto la proprietà allo scioglimento del matrimonio da cui sono nati (6); ei ne conserva però l'usufrutto, durante sua vita, e la legge accorda ai figli, per garantire i loro diritti sulla proprietà, un'ipoteca legale su tutti i suoi beni (7).

2. Il conjuge che contrae un secondo matrimonio, non può donare al suo consorte, sia tra'vivi, sia a causa

---

(1) Nov. 98, cap. 1.

(2) La legislazione sopra i *lucra ex divortio*, spesso è stata variata. In seguito della disposizione di Teodosio e di Valentiniano, nella Cost. 8, §. 7, C. V, 17, che gl'introdusse per la prima volta, appartenevano in proprietà ai figli, subito dopo lo scioglimento del matrimonio, ed il marito che doveva profittarne ne conservava l'usufrutto. Secondo Giustiniano nella Cost. 9, §. 1, C. V, 9 e Cost. 11, §. 1. C. V, 17, i figli non avevano la proprietà che quando il marito contraeva un secondo matrimonio, come nel caso dei *lucra ex morte*. Nov. 22, c. 30. Ma a tenore della Nov. 98, c. 2, questi beni spettavano di nuovo in proprietà ai figli allo scioglimento del matrimonio. - Vedi Nov. 117, c. 8, pr.; c. 9, pr.; c. 10.

(3) Per una disposizione posteriore della Nov 127, c. 3, il marito conserva in piena proprietà almeno una porzione virile della dote o della donazione per causa di matrimonio, di cui egli profitta per la morte, o pel divorzio, e la conserva fino a che non contragga un nuovo matrimonio; questo diritto si applica ancora alla vedova indigente.

(4) J. S. P. Rœhmer, *Diss. de pœnis secundarum nuptiarum*. Francf. a V. 1758. - W. A. von Lidth de Jeude, *Diss. de pœnis secundarum nuptiarum*. Traj. ad Rhen, 1801. - Glück, *Comm.* parte 24. §. 1217, p. 112, et seg. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 177.

(5) Cost. 3, §. in fine, C. V, 9. - Nov. 22, c. 22, pr.; c. 23, pr. - Nov. 98, c. 2. - Nov. 107, c. 13.

(6) Cost. 3, pr.; Cost. 5, C. V, 9. - Nov. 22, c. 23, 26. - Ma i *lucra* del secondo matrimonio che appartengono al marito, il quale ha contratti due matrimonj (*conjus binubus*) restano ai figli che ne son venuti. - Cost. 4, C. V, 9. - Nov. 22, c. 29, 30.

(7) Cost. 6, §. 2; Cost. 8, §. 4, 5. C. V, 9. - Cost. 6, §. 4, C. VI, 61. - Nov. 22, c. 24.

di morte, più che non lascia al suo figlio o nipote che ha ricevuto il meno senza essere stato giustamente diseredato. S'egli agisce contro questa disposizione, la legge riguarda come non scritto *(pro non scripto)* ciò ch'egli ha donato eccessivamente, e ne ordina la divisione per parti uguali tra' figli di primo letto (1).

3. Il padre o la madre che si rimarita può, quando vi sono figli del primo matrimonio, aumentare, durante il matrimonio, la dote o la donazione a causa di nozze costituita pel secondo matrimonio, ma non può diminuirla; la legge mira, con ciò, ad impedire, che sotto pretesto di diminuire la dote o la donazione a causa di nozze, egli non possa donare, simulatamente ed eludere così le disposizioni che glie lo vietano (2).

4. Il conjuge che è in obbligo di soddisfare dei legati o di restituire dei fidecommessi ai suoi figli, sotto condizione, o dopo un tempo determinato, è in obbligo, contraendo un secondo matrimonio, di dar loro una cauzione (3).

B. Vi sono altre pene che non colpiscono che la madre. Così:

1. Quando una madre che è di già convolata a seconde nozze o che è per contrarre in appresso un secondo matrimonio, succede a un figlio di primo letto unitamente ai fratelli e sorelle di lui, essa non riceve, in quanto questi beni provengono dal padre, che l'usufrutto della sua porzione, mentre la proprietà ritorna ai figli (4).

2. Quando la madre ha fatto una donazione a un figlio di primo letto, essa non può, contraendo un nuovo matrimonio, revocarla per i motivi ordinariamente ammessi; la legge non le accorda questo diritto che allor quando il figlio attenti a suoi giorni, o dia luogo contro di lei a vie di fatto, o commetta degli atti che potrebbero fargli perdere tutte le sue sostanze (5).

3. La madre perde, rimaritandosi, il diritto di esigere che la educazione dei figli di primo letto non si affidi che a lei (6).

4. Infine, la donna, che in qualità di madre o d'ava, ha la tutela sui figli o nipoti, perde, contraendo un secondo matrimonio, il diritto di continuarla (7).

II. Quanto ai beni, vi sono altre pene che possono derivare da una particolare disposizione d'uno dei conjugi. Così, la donazione o il legato che il consorte defonto ha fatto all'altro, sotto condizione che non si rimariti, vien meno, ove questi non adempia la condizione (8), e poco importa, in tal caso, che vi siano o non vi siano figli di primo letto. La donazione o il legato fatto al conjuge superstite sotto questa condizione, può da lui esigersi dopo il lasso d'un anno, ove giuri o pignori i suoi beni, per la restituzione in caso che passi a seconde nozze (9).

§. 178. V. *Pene del conjuge che non rispetta l'anno del lutto.*

Quando il matrimonio è disciolto per la morte del marito e per divorzio, la moglie deve attendere, per lo meno un anno, prima di poter convolare a nuovo matrimonio (10). Violando questa proibizione, essa va incontro, oltre le pene che trae con

(1) Cost. 6, pr.; Cost. 9, C. V, 9. - Nov. 2, c. 4. - Nov. 22, c. 27, 28, 48.

(2) Cost. 19, C. V, 3. - Nov. 22, c. 31.

(3) Cost. 6, pr. §. 1, C. VI, 49. - Nov. 22, c. 41.

(4) Nov. 2, c. 4. - Nov. 22, c. 46-47.

(5) Cost. 1-4. Cod. Teod. VIII, 13. - Cost. 7, e Auth. *Quod mater*, C. VIII, 56. - Nov. 22, c. 35.

(6) Cost. 1, C. V, 49. - Nov. 22, c. 38.

(7) Nov. 22, c. 40. - Nov. 94, c. 2.

(8) Cod. VI, 40. - Nov. 22, c. 43, 44.

(9) Nov. 22, c. 44.

(10) Cost. 8, §. 4, in fine; Cost. 9, C. V, 17. - Nov. 22, c. 16, pr.

sè un secondo matrimonio, anco le seguenti (1):

1. Incorre la infamia.

2. Perde tutti i *lucra nuptialia* del precedente matrimonio, i quali ritornano ai discendenti, ascendenti, fratelli e sorelle del consorte defunto e, in lor mancanza, al fisco.

3. Non può recare in dote al secondo marito, nè disporre in suo favore tra vivi o a causa di morte, più d'un terzo dei suoi beni.

4. Non può acquistar nulla per disposizione d'ultima volontà, e qualunque eredità o legato a lei relitto, è nullo e va in pro degli altri eredi testamentarii o intestati del defunto.

5. Non eredita ab intestato dai suoi parenti che fino al terzo grado.

Il principe può, per rescritto, liberarla da queste pene; ma per ottenere un tal rescritto, la donna deve immediatamente dare ai figli di primo letto la metà dei suoi beni, senza poterne conservar l'usufrutto, nè ricuperare nulla, muorendo uno di questi figli ab intestato, fintantochè esistano figli o discendenti di primo letto (2).

SEZIONE SECONDA

Della patria potestà.

CAPITOLO PRIMO

Del generale rapporto tra genitori e figli.

§. 579. I. *Della paternità e filiazione legittima.*

Figlio *legittimo* è il procreato da marito e moglie uniti in legittimo matrimonio.

La legittimità del figlio si presume:

1. Se non è nato innanzi il 182º. giorno della celebrazione del matrimonio (3).

2. Se la nascita non è posteriore al decimo mese dallo scioglimento del matrimonio (4). In questi due casi, giusta la regola: *pater is est quem*

(1) Fr. 1, D. III, 2. - Cost. 1, 2, C. V, 9. - Cost. 4, C. VI, 56. - Sopratutto la Nov. 22, c. 22. - Glück, *Comm.* parte 24. §. 1217, pag. 189. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 176.

(2) La moglie incorre in tutte le spese senza distinguere se ella violi l'anno del duolo contraendo un nuovo matrimonio, e rilasciandosi a vita disonesta. Nov. 39, 1. - Giustiniano ordinò colla Nov. 22, c. 40, che esse sarebbero egualmente applicate quando la madre che ha la tutela sopra i suoi figli legittimi e illegittimi, contrae un matrimonio prima di aver fatto nominare un tutore a cui ha reso i suoi conti, e restituito i beni dei figli.

(3) Fr. 3, §. 12, D. XXXVIII, 16. - fr. 12, D. I, 5. - fr. 6, D. I, 6.

(4) Fr. 3, §. 11, D. XXXVIII, 16. Cpr. fr. 29, pr. D. XXVIII, 2. - Cost. 4, C. VI, 29. - Glück, *Comm.* parte 28. §. 1287, *e*.

nuptiæ demostrant (1), il marito è riputato padre del figlio finchè egli non fornisca prova d'assoluta impossibilità (2). In ogni altro caso, al contrario, la moglie deve provare la paternità (3), se il marito ricusa di riconoscere il figlio (4). L'azione della moglie contro il marito per far riconoscere il figlio, dicesi *actio de partu agnoscendo* (5). Nullameno, per evitar la supposizione del parto, la donna che si sente incinta al momento del divorzio, è in obbligo, in forza del Senatusconsulto *Plancianum*, emanato sotto Vespasiano, di darne cognizione al marito dentro i trenta giorni (6). In seguito, l'editto pretorio estendeva questa disposizione anche al caso in cui il matrimonio fosse disciolto per la morte del marito; la gravidanza deve allora denunziarsi alle persone che vi hanno interesse (7), diversamente la donna perde il diritto d'intentar l'azione *de partu agnoscendo*; ma il figlio può, in qualunque epoca, far valere i suoi diritti (8).

§. 580. *Continuazione.*

I figli legittimi hanno il diritto d'esigere dai loro genitori gli alimenti e una educazione conveniente alla lor condizione, se eglino non hanno di per loro stessi patrimonio che possa soddisfare ai loro bisogni (9). Quest'obbligo è in primo luogo imposto al padre e madre del figlio, e in mancanza loro, agli avi (10); esso è però reciproco, vale a dire che i figli sono tenuti ad alimentare i loro genitori ove ne abbiano bisogno (11); lo stesso avviene della successione reciproca tra figli e genitori legittimi.

§. 581. II. *Della paternità e filiazione illegittima.*

Il diritto romano considerava i figli *illegittimi* come mancanti di padre *(quasi sine patre filii)* (12). Ne conseguiva che essi non potevano esigere gli alimenti che dalla madre, e

(1) Fr. 5, D. II, 4. - Hasse, §. 12.
(2) Fr. 6, D. I, 6.
(3) Intanto, se l'uomo che ha dei figli da una donna, con cui potrebbe contrar legittimo matrimonio, gli riconosce sia per atto pubblico, sia per atto privato intieramente scritto di sua mano e sottoscritto da tre testimonj, sia nel suo testamento, sia in giudizio, senza aggiungervi che sono suoi figli naturali, egli dà loro la qualità e i diritti di figli legittimi. Nov. 117, c. 2. - *Auth. si quis*, c. 5, 27.
(4) Cost. 11, C. V, 27. - Nov. 89, c. 8, §. 1.
(5) Questa azione fu introdotta dal senatusconsulto *Plancianum*, e non era applicabile che al caso da lui previsto: fr. 1, D. XXV, 3; ma da un senatusconsulto, emanato sotto Adriano, ella fu estesa al caso in cui il figlio era nato pendente il matrimonio; fr. 3. §. 1, D. ibid. - Ch. Gmelin, *Ueber die Præjudicialklage de pactu agnoscendo*, ossia *De l'action préjudicelle de partu agnoscendo*. Erlangen, 1781. - Glück, *Comm.* parte 28. §. 1285-1287.
(6) Dig. XXV, 3. - Thibaut, *System*, §. 473, 474. - Glück, *loc. cit.* - Zimmern, t. I, §. 144.
(7) Fr. 1, §. 10, seg. D. XXV, 4.
(8) Fr. 1, §. 6, 8, 15, D. XXV, 3. - fr. 1, §. 15, D. XXV, 4.
(9) Fr. 5, §. 6, 7, D. XXV, 3. - Cpr. fr. 5, §. 8, 11, D. ibid. - Quanto a quel che si deve intendere per alimenti, vedi fr. 234, §. 2, D. L, 16. - fr. 6, §. 5, D. XXXVII, 10. - fr. 1, §. 19, D. XXXVII, 9. - Cost. 9, C. VIII, 47. - Nov. 117, c. 7. - I. G. Bauer, *Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato:* nei suoi *Opusc.* t. I, n. 4.
(10) Fr. 5, §. 2; fr. 8, D. XXV, 3. - Glück, *Comm.* parte 58. §. 1289.
(11) Fr. 5, §. 1, D. ibid. Glück, §. 1290, La morale obbliga, è vero, i fratelli e le sorelle a somministrarsi reciprocamente gli alimenti, ma nessuna legge ve gli obbliga. - Hœpfner, *Comm.* §. 105, nota 2. Hasse, *Gütterrecht*, §. 100. - Vi è chi tiene opinione contraria a causa dei fr. 12, §. 3; fr. 13, §. 2, D. XXVI, 7. - fr. 4, D. XXVII, 2. - fr. 1, §. 2. D. XXVII, 3. - Nov. 89, c. 12, §. 6. Ma vedi Glück, §. 1290, *a*, *b*.
(12) Ulpiano, IV, 2. - Gajo, I, 64. - §. 12, J. I, 10. - §. 4, J. III, 5. - fr. 23, D. I, 5.

non avevano azione per far dichiarare alcuno come loro padre e chiedergli gli alimenti (1). Se la paternità non può provarsi, la madre e il padre di lei sono in obbligo di alimentare il figlio (2). Gli stabilimenti pubblici s' incaricano dei bisogni e del mantenimento dei figli abbandonati.

§. 582. III. *Dei diritti del padre e della madre quanto ai figli.*

A. I genitori contraggono l'obbligo di alimentare e allevare i loro figli; hanno in conseguenza anco il diritto di esigere tutto ciò che deve esser riguardato come mezzo per pervenire al compimento di questo dovere (3). Ne consegue:

1. Ch' essi hanno diritto di determinare l'educazione fisica e morale dei figli e stabilire fino a una certa età il lor modo di vivere. Il Giudice può, se il matrimonio è disciolto per divorzio, designare quale dei conjugi deve presiedere alla educazione dei figli (4). La madre però che si rimarita, perde il diritto che ha di allevarli (5). Ma le spese del mantenimento e dell' educazione son sempre a carico del marito, poco importa che sia parte colpevole o innocente, tranne quando egli è povero e la madre ricca; in tal caso sta a lei il provvedere all'alimento dei figli (6).

2. Che essi hanno il diritto di punire i loro figli, o di consegnarli all' autorità se commettono azioni degne di punizione (7).

§. 583. *Continuazione.*

B. Dal canto loro, i figli debbono obbedienza e rispetto ai loro genitori (8). Da ciò ne deriva:

1. Ch' essi non possono intentare contro i loro genitori azione infamante (*actiones famosæ*) (9).

2. Che non possono esser costretti a far testimonianza contro di loro (10).

3. Infine, che essi non hanno il diritto d' esigere i loro crediti a carico dei genitori, se non in quanto rimane a questi di che provvedere alla propria esistenza (*in quantum facere possunt*) (11).

---

(1) Fr. 5, §. 4; fr. 7, D. XXV, 3. Solamente Giustiniano dà ai figli naturali (*liberis naturalibus*) il diritto di domandare alimenti al loro padre. Nov. 89, c. 12, 13. H. C. Stever, *Disquis. an e jure Justinianeo patri incumbat onus alendi spurios.* Rostoch, 1817. - I figli incestuosi non potevano del pari domandare gli alimenti alla loro madre. *Auth. ex complexu*, C. V, 5. - Nov. 74, c. 6. - Nov. 89, c. 16. - Heise, *De successoribus necessariis.* Gœtt. 1802, §. 29-33. - Hœpfner, *Comm.* §. 487, note 3, e 5.

(2) Fr. 5, §. 4, 5, D. XXV, 3. - Così quando colui che è processato per provare l'eccezione *plurium stupratorum* l'azione deve esser dichiarata non fondata contro di lui, perchè allora lo scoprimento della paternità è possibile fisicamente. Vedi Glück, *Comm.* parte 28. §. 1288, *a.*

(3) Glück, *Comm.* parte seconda, §. 137, 138.

(4) Cost. 1, C. V, 24.

(5) *Auth. si pater*, C. ibid. - Cpr. Nov. 94, c. 2.

(6) Cod. V, 25. - Nov. 117, c. 7. - Molti autori la pensano diversamente per causa dell'*Auth. si pater*, C. V, 84: ma questa costituzione in opposizione alla sua fonte non può niente decidere. Vedi più giù il §. 82.

(7) Cost. 3, C. VIII, 47. - Cost. un. C. IX, 15.

(8) Fr. 1, §. 2; fr. 9, 10, D. XXXVII, 15. - fr. 4, D. XXVII, 10. - Cost. 4. C. VIII, 47.

(9) Fr. 5, §. 1, D. XXXVII, 15. - fr. 11, §. 1, D. IV, 3. - Cost. 5, C. II, 21.

(10) Fr. 4, 5, D. XXII, 5.

(11) §. 38, J. IV, 6. - fr. 7, §. 1, D. XXXVII, 15. - fr. 16, D. XLII, 1.

CAPITOLO SECONDO

Della patria potestà (1).

§. 584. *Nozione della patria potestà.*

La *patria potestà* (*patria potestas*) è l'insieme dei diritti particolari che il diritto civile accorda al padre di famiglia su i figli che sono sotto la sua dipendenza. Per diritto civile, essa essenzialmente non appartiene che ai cittadini romani (2), uomini (3) e padri di famiglia (*patres familias*). Ne segue:

1. Che ogni padre, comunque cittadino romano, non ha la patria potestà; perchè s'egli è ancora figlio di famiglia, quegli sotto la di cui potestà egli si trova, ha del pari in suo potere i nipoti (4).

2. Ch'essa si estende non solo ai figli e figlie, ma anco ai figli e figlie del figlio; perchè se essi, discendono da una figlia, cadono sotto la potestà del padre lor proprio, o sotto quella dell'ascendente da cui il padre istesso dipende (5).

La patria potestà s'estende ai figli *postumi* (*postumi*) che sarebbero stati sottoposti al padre di famiglia, ov' essi fosser nati lui vivente (6).

§. 585. *Come si acquista la patria potestà.*

Per diritto romano, la patria potestà s' acquista:

1. Naturalmente, per nascita da *legittimo matrimonio*.
2. Civilmente, per *adozione e legittimazione*.

§. 586. I. *Dell' acquisto della patria potestà per matrimonio legittimo.*

La patria potestà s' acquista in primo luogo, per il concepimento del figlio in matrimonio legittimo (7). Ma bisogna che il padre sia *sui juris* al momento della nascita del figlio (8); perchè ov' egli sia per anco figlio di famiglia, non acquista la patria potestà su i figli concetti durante il matrimonio; cadono essi, invece, sotto la potestà dell' ascendente da cui lo stesso padre loro di pende (9). L'acqui-

---

(1) Gajo, I, 55, e seg. - Ulpiano, V. - Ist. I, 9. - Dig. I, 6. - Cod. VIII, 47. - Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 20, 27. - Heineccio, *Antiq. Rom.* I, 9, §. 3, 10. - G. Ch. Gebauer, *Diss. I, et II de patria potestate*, Gœtt. 1750, 1751, e idem, *Exerc. acad.* t. I, p. 123. - G. W. ad Osten de Bruyn, *Diss. ad Tit. J. de pat. pot.* Harlem, 1751. - A. Perrenot, *De pat. pot. apud Rom. nunquam legib. soluta.* Grœn. 1775. - Ch. A. Günther, *De pat. pot. ex jure dominii non repet.* Lips. 1786. - F. C. Jensen, *De pat. pot.* Suerin et Bützov. 1784. Glück, *Comm.* parte seconda, §. 132, e seg. - Gans, *Scolies sur Gajus*, p. 85. - Zimmern, *Hist. du droit Rom.* t. I, §. 179, e seg. - C. de Quertenmon, *Diss. de pat. pot. ex jure rom.* Lugd.-Bat. 1816.

(2) §. 2, J, I, 9.

(3) §. 10, J. I, 11.

(4) Fr. 21, D. XLVIII, 5.

(5) §. 3, J. I, 9.

(6) §. 1, J. II, 13. - §. 4, J. I, 13. - §. 2, J. III, 1. - fr. 2, pr. D. XXVIII, 6. - fr. 3, §. 2, D. XXVIII, 3.

(7) Gajo, I, 55, e seg. - Ulpiano, V. - pr. J. I, 9. - fr. 3, D. I, 6. - Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 20. - Zimmern, t. I, §. 219.

(8) §. 9, J. I, 12. - §. 4, J. I, 13. - Cpr. il §. 544.

(9) Fr. 21, D. XLVIII, 5. - §. 3, J. I, 9. - fr. 4, 5, D. I, 6.

sta egli però di pieno diritto alla morte di quest' ascendente (1).

§. 587. II. *Dell'acquisto della patria potestà per adozione.* A. *Nozione e specie.*

L' adozione è un atto solenne, con cui si riveste della qualità e dei diritti di figlio o di nipote una persona che fin allora non trovavasi o aveva cessato d' essere sotto la patria potestà di colui che adotta (2). Essa è di due specie: l'*arrogazione* (*arrogatio*), quando uno adotta un *homo sui juris*, e l'*adozione propriamente detta* (*datio in adoptionem*), allorquando facciamo passare sotto l' altrui potestà un figlio che è sotto la nostra (3).

§. 588. B. *Principii generali.*

Le due specie d' adozione si basano su i principii seguenti:

1. Capacità nella persona che vuole adottare. Per la regola che l' adozione imita la natura (*adoptio imitatur naturam*), ne resulta:

a) Ch'essa è negata ai castrati, non già agl'impotenti *(spadones)* (4).

b) Che bisogna essere maggiori di anni 18 a colui che si adotta (5).

c) Che non si può adottare alcuno per un certo tempo (6). Si può, però, in seguito emancipare l'adottato, ma non è permesso adottarlo una seconda volta (7); il padre che ha emancipato il figlio, può in appresso adottarlo (8).

2. L'adozione è un mezzo sussidiario d'acquistare la patria potestà. Ne consegue:

a) Che le donne sono incapaci di adottare, perch'esse non hanno patria potestà. Non ostante è loro permesso di adottare colla autorizzazione del principe, in sollievo dei figli perduti; ma non acquistano per ciò alcuna patria potestà (9).

b) Che non si può adottare una persona in qualità di fratello (10).

c) Che quegli il quale ha già sotto la sua potestà uno o più figli non può adottare un altro, che in quanto l' adozione non rechi loro un considerevole pregiudizio (11).

3. L'adozione non può pregiudicare all'adottato. Il tutore o il curatore non può dunque arrogare quelli di cui amministra la tutela o curatela, prima d' aver reso conto, e il povero non può in generale adottare il ricco (12).

§. 589. C. *Condizioni particolari.* 1. *Dell' arrogazione.*

La validità dell'arrogazione esige il concorso delle seguenti condizioni:

1. Colui che vuole arrogare deve,

---

(1) Pr. J. I, 12. - fr. 5, D. I, 6.

(2) Ist. I. 11. - Dig. I. 7. - Cod. VIII, 48. - Gajo, I, §. 97-107. - Ulpiano, VIII. - Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 22, 23. - Glück, *Comm.* parte seconda, §. 148. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 220-222. - Ch. W. Schmitt, *Lehre von der Adoption*, ossia *De l'adoption*. Jena, 1825.

(3) Fr. 1, D. I, 7. - fr. 132, pr. D. XLV, 1. - Sopra l'adozione per mezzo di testamento *(adopt. per testamentum)* che non è altro se non l' instituzione di un erede sotto la condizione che porterà il nome del testatore, vedi fr. 58, §. 1, D. XXVIII, 5. - fr. 63, §. 10. D. XXXVI, 1. - Cpr. Cicerone, *Brutus*, c. 58. Svetonio, c. 6, e soprattutto Dirksen, *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des R. R.* p. 73.

(4) §. 9, J. I, 11, e Teofilo sopra questo passo. - fr. 2, §. 1; fr. 40, §. 2, D. I, 7. - fr. 6, D. XXVII, 2. - Gajo, I, 103. - Ulpiano, VIII, 6.

(5) §. 4, J. ibid. - fr. 40, §. 1, D. I, 7. - Altre volte non si era d'accordo se l'adottante dovesse essere più attempato. - Gajo, I, 106.

(6) Fr. 34, D. ibib.

(7) Fr. 37, §. 1, D. ibid.

(8) Fr. 12, D. ibid.

(9) §. 10, J. I, 11, e Teofilo sopra questo passo, - Cost. 5, C. VIII, 48. - Gajo, I, 104. - Ulpiano, VIII, 8, *a*.

(10) Cost. 7, C. VI, 24. - Thibaut, *Pand.* §. 488, è di opinione contraria.

(11) Fr. 17, pr. §. 3, D. I, 7.

(12) Fr. 17, pr. §. 4, D. 1, 7.

per lo meno aver l'età di 60 anni; nullameno si può arrogare anche al di sotto di questa età, se per una causa qualunque non vi è più speranza d'aver figli, o se si vuole arrogare un parente; non si può, per regola, arrogare che una sola persona (1).

2. Il consenso espresso dell'arrogante e dell'arrogato (2).

3. Un rescritto del principe che approva l'arrogazione (3).

4. L'arrogazione d'un impubere va soggetta a condizioni particolari:

a) Bisogna esaminare se l'arrogazione gli è utile.

b) Si vuole il consenso dei suoi più prossimi parenti e dei suoi tutori.

c) L'arrogante deve dar cauzione *(satisdatio)* che, nel caso in cui l'impubere venga a morte prima d'esser giunto alla pubertà, restituirà i beni agli eredi più prossimi dell'impubere o alla persona pupillarmente sostituita dal padre.

d) Se l'arrogante emancipa l'impubere o se lo disereda senza giusta causa, egli deve non solo restituirgli tutti i beni che gli ha recati e quelli in seguito acquistati, ma lasciargli di più alla sua morte, la quarta parte dei beni suoi propri; questa quarta dicesi *quarta Divi Pii* perchè fu costituita da Antonino Pio (4). Ma l'arrogato conserva il diritto di esigere la sua emancipazione, giunto alla pubertà, ove conosca che l'arrogazione non gli sia vantaggiosa (5).

§. 590. 2. *Dell'adozione propriamente detta.*

L'adozione propriamente detta *(datio in adoptionem)* richiede il concorso delle seguenti condizioni:

1. Il consenso dell'adottante.

2. Quello del padre dell'adottando. Non è necessario che questi consenta espressamente; basta che non si opponga all'adozione (6).

3. Se alcuno è adottato come nipote d'un figlio, questi deve del pari consentire (7); non è necessario il consenso degli altri agnati (8).

4. L'adozione deve farsi davanti il pretore o davanti il giudice competente (9).

§. 591. D. *Degli effetti dell'adozione.* 1. *Dell'arrogazione.*

L'arrogazione produce l'effetto:

1. Di far passare l'arrogato e i figli a lui sottoposti, sotto la potestà dell'arrogante. L'arrogato, cessando d'essere *sui juris*, subisce la minima diminuzione di capo (10). Ne conseguiva, nell'antico diritto, che i beni che possedeva al momento dell'arrogazione, passavano di pieno diritto nell'arrogante. Ma per diritto nuovo, e specialmente dopo la creazione del peculio avventizio, l'arrogante non acquista su i beni dell'arrogato, che i diritti che il padre ha su i beni dei figli (11).

2. Dal canto suo, l'arrogante acquista tutti i diritti d'un figlio di famiglia; egli diviene agnato di tutti gli

---

(1) Fr. 15, §. 2, 3, D. I, 7.

(2) Fr. 2, pr. D. ibid.

(3) Fr. 2, pr. cit. - §. 1, J. I, 11. - Cost. 6, C. VIII, 48. - Sulla antica forma di arrogazione, vedi Gajo, I, 99. - Ulpiano, VIII. - Hugo, *Hist. du droit rom.* p. 150.

(4) §. 3, J. I, 11. - fr. 17, §. 1. - fr. 18, 19, 20, 22, D. I, 7. - fr. 13, D. XXXVIII, 5. - Cost. 2, C. VIII, 48. - Ulpiano, VIII, 5. - Gajo, I, 102.

(5) Fr. 32, pr. D. I, 7.

(6) Fr. 5, D. I, 7.

(7) . 7, J. I. 11. - fr. 6, ibid.

(8) Fr. 7, ibid.

(9) §. 1, J. I, 11. - fr. 2, pr. - fr. 4, 36, D. I, 7. - Cost. II, C. VIII, 48. - Ulpiano, VIII, 5. - Gajo, I, 98.

(10) Fr. 2, §. 2. - fr. 15, pr. - fr. 40, D. I, 7. - fr. 3, pr. D. IV, 5. - Ulpiano, VIII, 8. - Gajo, I, 107.

(11) §. 6, J. II, 9. - Ist. III, 10 (11).

agnati dell'arrogante, e acquista il diritto di succedere ab intestato non solo a quest'ultimo, ma anche ai suoi agnati (1).

§. 592. 2. *Dell'adozione propriamente detta.*

Nell'antico diritto, l'adozione propriamente detta *(datio in adoptionem)* produceva gli stessi effetti dell'arrogazione. L'adottato subiva la minima diminuzione di capo, uscendo dalla potestà sotto la quale erasi fin allora trovato, e abbandonando la famiglia cui apparteneva (2). Entrava sotto la potestà e nella famiglia del suo padre adottivo (3), cioè a dire, diveniva agnato di tutti gli agenti di quest'ultimo (4). Questo diritto venne cangiato da una disposizione di Giustiniano, che stabilì la distinzione seguente (5):

1. Se un figlio o figlia viene adottata dal suo ascendente, l'adozione produce tutti gli effetti sanzionati dall'antico diritto (*adoptio plena*); se l'adottante non è ascendente, l'adottato resta sotto la potestà e nella famiglia del suo padre naturale; il padre adottivo non acquista alcun diritto sul figlio, che gli succede, però, ab intestato (*adoptio minus plena*) (6).

2. Quando l'avo dà il suo nipote in adozione, bisogna distinguere se il nipote alla morte del suo ascendente è suo erede ab intestato; in tal caso, è d'uopo applicare le regole stesse che governano l'adozione dei figli e figlie (7), se non è erede dell'avo, s'applica l'antico diritto (8).

§. 393. 3. *Effetti dell'adozione posta in essere dalla donna.*

L'adozione posta in essere dalla donna, non la conferisce mai la patria potestà; essa non produce altro effetto che di accordare al figlio adottato il diritto agli alimenti, e di succedere ab intestato alla sua madre adottiva (9).

§. 594. III. *Dell'acquisto della patria potestà per la legittimazione.*

I figli illegittimi non cadono, di pieno diritto, sotto la potestà del lor padre, ma possono divenirvi soggetti per la *legittimazione* (10). La legitti-

---

(1) Fr. 23, D. I, 7. - §. 2, J. I, 11. - §. 2, 14, J. III, 1. - Cost. 10, pr. §. 5, C. VIII, 48.

(2) Pr. J. I, 11. - fr. 1, pr. D. I, 7. - §. 13, J. III, 1.

(3) Fr. 4, §. 10, D. XXXVIII, 10. - I figli nati e conosciuti al tempo dell'adozione non passavano come nell'arrogazione sotto la potestà del padre adottivo: ma accadeva diversamente di quelli che erano conosciuti dopo l'adozione; fr. 2, §. 2. - fr. 40, pr., D. I, 7. - fr. 26, 27. D. ibid. - Il paragrafo 9, J. I, 12, mostra chiaramente non si prendeva di mira il momento della nascita, ma quello del concepimento.

(4) §. 2, J. III, 2. - fr. 4, §. 10. - fr. 5, D. XXXVIII, 10. - fr. 23, D. I. 7.

(5) Cost. 10, C. VIII, 48.

(6) Cost. suddetta, pr. §. 1-3. È da osservarsi che tutta questa costituzione non parla se non del caso in cui un padre naturale o un avolo dà in adozione i suoi discendenti. Così se alcuno dà in adozione il figlio da lui medesimo adottato sussiste l'antico diritto, chiunque sia il nuovo padre adottivo.

(7) Cost. suddetta, §. 4. Così in questo caso la patria potestà non passa nel padre adottivo se non quando egli è ascendente naturale del nipotino dato in adozione; non così s'egli è estraneo *(extraneus)*.

(8) In questo caso il padre adottivo acquista *sempre* la patria potestà; poco importa che egli sia ascendente o estraneo. Cost. suddetta, §. 4. « Si enim patres eos antecedant - maneant omnia jura adoptiva ei intacta ».

(9) Cost. 5, C. VIII, 48.

(10) Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 21. - Ge. Jordens, *De legitimatione Diss. I, II.* Traj. ad Rhen. 1742-43, ed in Fellenberg, *Jurisprudentia antiqua*, t. II, p. 325. - Dav. de Piera, *Diss. de legitimatione sec. princ. jur. rom.* Lugd.-Bat. 1823. Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 219.

mazione è un atto di diritto civile, in forza del quale i figli illegittimi sono in tutto o in parte resi eguali ai legittimi, relativamente alla patria potestà e al diritto di successione (1). Il diritto romano non concedeva però di legittimare che i figli naturali nati da concubina (*liberi naturales*), e ammetteva tre specie di legittimazione:

1. La legittimazione per *susseguente matrimonio* (*legittimatio per subsequens matrimonium*), la quale consisteva nel matrimonio che taluno contraeva colla donna, stata fin allora sua concubina, e nel concubinaggio della quale aveva procreati dei figli; il matrimonio si accompagnava da contratto scritto (*instrumenta dotalia*) (2).

2. La legittimazione *per oblationem curiæ*, quando il padre destinava il suo figlio naturale a divenir decurione, o maritava con un decurione la sua figlia naturale (3).

3. La legittimazione per *rescritto del principe* (*per rescriptum principis*), quando il principe dichiarava legittimi i figli naturali, a richiesta del padre. Ma questa specie di legittimazione non aveva luogo che allor quando era impossibile il matrimonio colla concubina, e non aveva figli legittimi (4).

La legittimazione posta in essere in un modo o nell'altro, produceva l'effetto di far subire al figlio la minima diminuzione di capo, cessando d'essere *sui juris*; qualunque legittimazione abbisognava non solo del consenso del padre, ma anche di quello del figlio (5).

CAPITOLO TERZO

Conseguenze della patria potestà (6).

§. 595. *Conseguenze generali.*

La patria potestà produceva, per diritto romano, la general conseguenza, che il padre di famiglia e tutti coloro che si trovavano sotto la sua potestà, non erano considerati nei loro affari privati (7), per finzion di diritto, che come una sola e identica persona (8). Conseguenze di questa

(1) In parte, cioè solamente quanto al diritto di successione; la *legittimazione per mezzo di testamento* ha questo effetto.

(2) Cost. 5, 6, 7, 10, 11, C. V, 27. - §. 13, J. I, 10. Nov. 89, c. 8.

(3) Cost. 3, 4, C. ibid. - Soprattutto Nov. 38, e 89, c. 2. - Savigny, *Hist. du droit romain au moyen-âge*, t. I, p. 23, e seg.

(4) Nov. 74, c. 1. - Nov. 89, c. 9. - La legittimazione per mezzo di testamento è una specie di legittimazione per iscritto: quando il padre voleva in vita legittimare i suoi figli naturali da un caso fortuito, e dichiara nel suo testamento scritto che i suoi figli naturali saranno eredi come figli legittimi ed eredi ab intestato; questi ultimi accettano la successione e domandano al principe la legittimazione fondandosi sul testamento. Nov. 74, c. 2. - Nov. 89, c. 10. - Molti autori ammettono secondo la Nov. 117, c. 2, una quarta specie di legittimazione *per nominationem filii*. Ma questa Novella non parla che della prova della legittimità.

(5) Fr. 11, D. I, 6. - Soprattutto la Nov. 89, c. 11, pr. §. 1.

(6) Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 25.

(7) Perchè negli *affari pubblici* il figlio di famiglia era considerato come padre di famiglia; fr. 9, D. I, 6. - fr. 3, D. I, 7. - fr. 13, §. 5; fr. 14, pr. D. XXXVI, 1.

(8) Cost. 11, C. VI, 26: « cum et na-

finzione di diritto erano, che tutto ciò che il figlio di famiglia acquistava, apparteneva di primo diritto al padre di famiglia (1); che tra padre e figlio non poteva esistere obbligazione od azione (2); che il figlio di famiglia non poteva servir da testimone nel testamento di suo padre (3) e che, allor quando il padre moriva, il figlio di famiglia, che si trovava immediatamente sotto la sua potestà (*suus heres*), acquistava di pieno diritto la successione (4). Ma questa unità di persona non aveva luogo nel caso in cui il figlio di famiglia venisse riguardato e trattato come padre di famiglia, per esempio, relativamente al peculio castrense (5).

§. 596. *Dei diritti particolari del padre.* I. *Relativamente ai figli.*

I diritti particolari che la legge accorda al padre in forza della patria potestà, riguardano tanto la persona dei figli che i loro beni.

1. Negli antichi tempi, il padre aveva su i figli il diritto di vita e di morte (*jus vitæ et necis*); questo diritto non fu intieramente abolito che da Costantino (6); aveva del pari il diritto di vendere i figli a guisa di schiavi, ma Diocleziano e Massiminiano gli tolsero questo diritto, e non gli fu accordato che per i figli sanguinolenti, e nel caso di estrema miseria (7); infine aveva il diritto di dargli in compensazione d'un'ingiuria (*noxæ dandi*), diritto che, in seguito, gli venne egualmente tolto (8).

2. Il diritto nuovo non accorda al padre, relativamente alla persona dei figli, che i diritti seguenti:

a) Di punirli per colpe leggere (9).

b) Di chieder loro dei servigj (10).

c) Di dar loro un tutore per testamento (11), e nominare un erede nel caso in cui morissero prima di esser giunti alla pubertà (*jus pupillariter substituendi*) (12).

d) Di prestare il consenso al lor matrimonio (13).

e) D'esigere, coll'interdetto *de liberis exhibendis* che gli siano restituiti da chiunque gli ritiene (14).

f) Di venderli come schiavi, sanguinolenti (*sanguinolentos*) e nel caso d'estrema miseria (15).

§. 597. II. *Relativamente ai beni dei figli.* A. *Nozione e specie del peculio* (16).

Giusta l'antico diritto, il figlio di

---

tura pater et filius eadem esse persona pene intelligatur ». Brunsich, *De unitate personarum quæ jure romano inter patrem et liberos intercedit.* Gœtt. 1795. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 184, è di contrario parere.

(1) Ist. II, 9; III, 28 (29). - Gajo, II, 86, 96. - Ulpiano, XIX, 18. - Seguiva da ciò che l'arrogante acquistava tutti i beni dell'arrogato. Ist. III, 10 (11). - §. 6, J. II, 9. Vedi il §. 551.

(2) §. 4, 6, J. III, 19 (20). - fr. 1, §. 1, D. XLI, 6. - fr. 2, pr. D. XVIII, 1. - fr. 4, D. V, 1. Di qui risultava pure che il padre non poteva, pendente la durata della patria potestà cedere al figlio l'usufrutto del peculio avventizio.

(3) §. 9, 10, J. II, 10. - Ulpiano, XX, 3. - Gajo, II, 105, 108.

(4) §. 3, J. III, 1. - fr. 11, D. XXVIII, 2. - Gajo, II, 156, 158.

(5) Fr. 2, pr. D. XVIII, 1. - fr. 4, D. V, 1. - Vedi il §. 559.

(6) Cost. un. C. IX, 17.

(7) Cost. 2, C. IV, 43.

(8) §. 7, J. IV, 8. - Cpr. Heineccio, *Antiquit. rom.* l. 9, §. 3-10. Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 179.

(9) Cost. 3, C. VIII. 47. - Cpr. Cost. un. C. IX, 15.

(10) Fr. 3, D. XXXIII, 2. - fr. 7, pr. D. IX, 2.

(11) §. 3, J. I, 13. - fr. 1, pr. D. XXVI, 2.

(12) Pr. J. II, 16. - fr. 2, pr. D XXVIII, 6.

(13) Fr. 2, D. XXIII, 2. - Pr. J. I, 10.

(14) Fr. 1, pr. D. XLIII, 30. - Fr. 1, §. 2. D. VI, 1.

(15) Cost. 2, C. IV, 43.

(16) Galvan. *De usufructu*, c. VII, §. 5, 11. - Rau, *Hist. jur. civ. de peculiis.*

famiglia non poteva per se stesso posseder cosa alcuna; tutto ciò che acquistava, apparteneva al padre di famiglia. Ma spesso avveniva, che questi dava al suo figlio o al suo servo una parte dei suoi beni perchè gli amministrasse e esercitasse il commercio; questa porzione di beni, che dicevasi *peculium*, è la specie la più antica del peculio. Dicesi, nel nuovo diritto, *peculium profectitium*, e comprende tutto ciò che il padre dà al figlio perchè l'amministri (1). Ma a tenore del nuovo diritto, può del pari possedere in proprio dei beni, che sono di specie diverse quanto al modo di acquistarli (2):

1. *Castrense peculium*; esso comprende tutti gli oggetti mobili che parenti o estranei danno al figlio che segue l'armata; in appresso, tutti i mobili e immobili che egli acquista durante l'armata sua professione, e in specie i doni ed eredità dei suoi camerata; infine, tutto ciò che un militare riceve da sua moglie, come erede, non come legatario, e tutto ciò che acquista col peculio castrense (3).

2. *Quasi castrense peculium;* esso comprende tutto ciò che il figlio acquista nelle sue funzioni o colla professione di avvocato, e ciò che gli dona il principe o la principessa (4).

3. *Peculium adventitium;* son questi i beni che il figlio acquista in ogni altro modo qualunque; a questo peculio appartengono in particolare i beni detti *bona materna et materni generis*, i *lucra nuptialia*, che gli provengono dai genitori; in oltre, tutto ciò che gli appartiene quando il padre o la madre contrae un secondo matrimonio e, per diritto nuovo, ogni acquisto che non proviene dai beni paterni e che non è nè castrense nè quasi castrense (5).

§. 598. a. B. *Dei diritti del padre su i peculj.*

I diritti del padre su i peculj diversificano secondo le diverse specie dei medesimi.

1. Il *peculio profettizio* è, e rimane proprietà del padre; il figlio l'amministra, può alienarlo, ma non farne oggetto di donazione, e ciò ch'egli acquista con tal mezzo appartiene al padre (6). Il padre che dava al figlio un peculio profettizio poteva essere azionato coll'azione *de peculio*, per tutti i debiti contratti per questo lato e fino a concorrenza del peculio (7); esso restava al figlio quando i beni del padre erano confiscati (8), quando usciva dalla patria potestà essendogli conferito un impiego superiore dello Stato (9), o quando il padre lo emancipava senza avergli ritolto il peculio (10).

2. Il *peculio castrense* e *quasi castrense* (11), è, per diritto nuovo, nella piena proprietà del figlio; il padre

---

Lips. 1770. Glück, *Comm.* parte 14. §. 905-912. Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 186-190. Cpr. C. Witte, *De luctuosis hæreditatibus*. Vratislaviæ, 1824, p. 4-14.

(1) Fr. 5, §. 4. - fr. 7, §. 3, D. XV, 1. - §. 1, J. II, 9. « *Si quid ex re patris ei obveniat* ».

(2) Cost. 37, pr. C. III, 28.

(3) Fr. 3, 4, pr. - fr. 8. - fr. 11. - fr. 16, §. 1. - fr. 19, pr. D. XLIX, 17. - Principalmente la Cost. I, 4, C. XII, 37.

(4) Cost. un. C. XII, 31. - Cost ult. C. XII, 37. - Cost. 7, C. I, 51. - Cost. 4, 14, C. II, 7. - Cost. 7, C. VI, 61. - Cost. 34, C. I, 3. - Nov. 123, cap. 19.

(5) §. 1, J. II, 9. - Cost. I, 2, C. VI, 60. - Cod. VI, 61.

(6) Fr. 18, §. 4. - fr. 19, D. XIII, 7. - fr. 7, pr. §. 1-3, D. XXXIX, 5. - §. 1, J. II, 9.

(7) §. 4, J. IV, 7. - Dig. XV, 1. - Cod. IV, 26.

(8) Fr. 3, §. 4, in fine D. IV, 4.

(9) Nov. 81, c. 1, §. 1.

(10) Fr. 31, §. 2, D. XXXIX, 5. - §. 20, J. II, 20. - Cost. 17, C. VIII, 54.

(11) Dig. XLIX, 17. - Cod. XII, 37. - J. Fernandez de Retes, *De castrensi et quasi castrensi peculio*; nei suoi *Opusc.* lib. V; nel Meerman, *Thes.* t. VI, p. 248.

non ne ha nemmeno l'usufrutto (1). Il figlio, rapporto a questo peculio vien considerato come padre di famiglia (2), può disporne liberamente, tanto fra' vivi che a causa di morte; può dunque disporne anche per testamento (3), e s'egli muore senza farlo, l'ereditano i suoi eredi ab intestato, a norma dei principj delle successioni intestate (4).

3. Il *peculio avventizio* è proprietà dei figli; ma durante la patria potestà, l'amministrazione e l'usufrutto appartiene generalmente al padre (5), che non deve dar per ciò cauzione, nè renderne conto (6); non può, però, alienarlo senza il consenso dei figli, che per pagare debiti o legati, o quando gli oggetti siano di natura da non potersi conservare (7); in qualunque altro caso, l'alienazione è nulla, e la prescrizione è sospesa durante la patria potestà (8). I figli non possono disporne finchè sono sotto questa potestà, e molto meno farne oggetto d'un testamento (9).

§. 599. b. *Continuazione.*

La regola da noi basata, che il padre ha l'amministrazione e l'usufrutto del peculio avventizio dei suoi figli, incontra le seguenti eccezioni:

1. Quando il figlio accetta contro la volontà del padre una eredità o un legato (10).

2. Quando gli vien fatta una donazione a condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto (11).

3. Quando succede ab intestato col padre ad una sorella o ad un fratello germano (12).

4. Quando il padre amministra malamente un fidecommesso, che è in obbligo di restituire al figlio, dopo lo scioglimento della patria potestà; egli deve, in tal caso, restituirglielo immediatamente senza poterne godere (13). Tutto ciò che il figlio acquista in questi quattro casi come libera proprietà, dicesi al presente *peculio avventizio straordinario* (*peculium adventitium extraordinarium*). Il figlio può disporne liberamente tra' vivi, ma non per testamento (14).

§. 600. C. *Diritti del padre su i beni dei figli emancipati.*

Per regola, il padre non ha l'usufrutto legale che dei beni dei figli che sono sotto la sua potestà e pel tempo che vi rimangono. Limita però questa regola:

1. Quando una donna maritata muore lasciando dei figli comuni a lei e al conjuge superstite, ma questi figli non sono più sotto la potestà di lui; egli acquista l'usufrutto d'una parte dei beni che essi ereditano dalla madre. La quantità di questa parte è determinata in guisa che, se esistono solo dei figli, egli gode l'usufrutto d'una porzione civile di tutta l'eredità, ed

---

- Glück, *Comm.* parte 14. §. 906; in particolare parte 34. p. 101-117.

(1) Cost. 6, pr.; Cost. 7, C. VI, 61. - Lœhr, nel suo *Mag.* t. IV, (II), p. 101, è di parere differente.

(2) Fr. 1, §. 3; fr. 2, D. XIV, 6. - fr. 17, D. XL, 1.

(3) Fr. 4, D. V, 1. - Cost. 2, C. XII, 37. - Ulpiano, XX, 10. - §. 6, J. II, 11. - pr. J. II, 12.

(4) Pr. J. II, 12. - C. 34, C. I, 3. - Nov. 118. - Glück, *De la succession ab intest.* Edizione seconda, p. 557.

(5) §. 2, J. II, 9. - Cost. 1, C. VI, 60. - Cost. 6, pr. C. VI, 61. - A. F. Harlebusch, *De usufructu patris in bonis liberorum adventitiis.* Brunsw., 1783.

(6) Cost. 6, §. 2; Cost. 8, §. 4, in fine, C. VI, 61.

(7) Cost. 1, 2, C. VI, 60. - Cost. 4; Cost. 8, §. 4, 5, C. VI, 61.

(8) Cost. 1, C. VI, 60. - Cost. 4, C. VI, 61. - Cost. 1, §. 2, C. VII, 40. - Nov. 22, c. 4. - Essi hanno un' ipoteca legale sopra i beni del padre. Vedi più sopra il §. 315.

(9) Cost. 8, §. 5, C. VI, 61. - pr. J. II, 12.

(10) Cost. 8, pr. §. 1-3, C. VI, 61.

(11) Nov. 117, c. 1, pr. §. 1.

(12) Nov. 118, c. 2.

(13) Fr. 50, D. XXXVI, 1.

(14) Cost. 11, C. VI, 22. - Nov. 117, c. 1. - Glück, *Comm.* part. 34. p. 123.

essendovi dei nipoti e pronipoti, ha l'usufrutto d'una porzione civile di ciascuno stipite (1). Quest'usufrutto è legale, il marito ha dunque anche il diritto di chiederlo anche quando la moglie fa testamento; egli concorre in tal caso, coi figli e nipoti istituiti per le porzioni per le quali sono istituiti.

2. Quando il padre emancipava suo figlio, egli poteva, per l'antico diritto, ritenere in proprietà il terzo del peculio avventizio, come prezzo dell'emancipazione (*prætium emancipationis*); il diritto nuovo non gli accorda più niente in proprietà, ma gli concede dopo l'emancipazione del figlio, l'usufrutto, sua vita durante, della metà del peculio avventizio (2).

CAPITOLO QUARTO

Come scioglie la patria potestà (3).

§. 601. I. *Per la morte del padre e del figlio.*

La patria potestà si scioglie:

1. Per la morte del padre di famiglia o per la sua massima o media diminuzione di capo (4). Nell'uno e nell'altro caso, i suoi figli e figlie divengono *sui juris*, ma i nipoti ricadono sotto la potestà del padre loro, a menochè egli non sia di già morto o emancipato (5).

2. Per la morte del figlio che trovasi sotto la patria potestà, o per la sua massima o media diminuzione di capo (6).

§. 602. II. *Vivendo padre e figlio.*

Oltre i due casi di cui abbiamo parlato, è regola generale che la patria potestà continua ad esistere finchè vivono padre e figlio, ove non sopraggiunga una cagione valida, per diritto civile, che la disciolga, viventi entrambi (7). Questa cagione proviene o da una *disposizione di legge o dalla volontà del padre.*

§. 603. A. *Per disposizione di legge.*

La patria potestà si scioglie senza volontà del padre:

1. Di pieno diritto, quando il figlio è promosso a una dignità superiore dello Stato (8).

---

(1) Cost. 3, C. VI, 60. - Donello, *Comm. jur. civ.* IX, 2.

(2) §. 2, J. II, 9. - Cost. 1, §. 2, Cod. Teod. VIII, 18. - Cost. 6, §. 3, C. VI, 61.

(3) Ist. I, 12. - Dig. I, 7. - Cod. VIII, 49. - Ulpiano, X. §. 1, 2. - Gajo, I, 127-137. - Paolo, II, 25. - Donello, *Comm. jur. civ.* II, 26, 27.

(4) Perchè solamente il cittadino romano poteva avere la patria potestà, §. 2, J. I, 9. - §. 1, 2, J. I, 12. - Gajo, I, §. 128, 129. - Ulpiano, X, 3. - Vedi più sopra il §. 544.

(5) Pr. J. ibid. - fr. 5, D. I, 6. - Cpr. fr. 41, D. I, 7. - Gajo, I, 127. - Ulpiano, X, 2. Ma quando taluno esce dalla patria potestà per essergli stata conferita una dignità, e non subisce in conseguenza veruna diminuzione di capo, i suoi non divengono *sui juris* per la morte dell'avo, ma cadono sotto la di lui potestà. Nov. 81, c. 2.

(6) Perchè solo il cittadino romano può trovarsi sotto l'altrui patria potestà. Ulpiano, X, 3. - §. 1, J. I, 12. - Vedi più sopra il §. 544.

(7) Ma qui non si tratta della relegazione del padre o del figlio, §. 2, J. I, 12. - fr. 4. - fr. 7, §. 3. - fr. 14, §. 1. - fr. 15, D. LVIII, 22. - La diseredazione del figlio non scioglie la patria potestà; - fr. 20, pr. D. XXXVII, 4.

(8) Anticamente sole certe dignità sacerdotali liberavano dalla patria potestà.

2. Alcuni delitti del padre fanno parimente cessare la patria potestà; in specie, quando egli contrae un matrimonio incestuoso, la patria potestà si scioglie di pieno diritto (1), quando prostituisce la figlia, questa può chiedere d'essere emancipata (2). In tutti questi casi in cui la patria potestà si dissolve, sia che cessi di pieno diritto, sia che venga ritolta al padre, il figlio non subisce la minima diminuzione di capo (3).

§. 604. B. *Per volontà del padre.*

Per volontà del padre, la patria potestà si scioglie in tre casi:

1. Quando egli si dà in arrogazione, passa coi figli a lui soggetti, sotto la potestà dell'arrogante.

2. Quando trasferisce in altri la sua potestà, dando il figlio in adozione.

3. Quando emancipa il figlio. In tal caso questi subisce una minima diminuzione di capo, perchè cangia di famiglia (*familia mutatur*).

§. 605. *Dell'emancipazione in particolare. 1. Nozione dell'emancipazione.*

L'emancipazione è un atto solenne per cui i figli sono liberati dalla patria potestà e divengono *sui juris* (4). Essa esige le seguenti condizioni:

1. Il consenso del padre, che in generale, non può esser costretto ad emancipare il suo figlio (5), tranne:

a) Quando ei lo maltratti (6).

b) Quando ha accettato un legato lasciatogli a condizione d'emancipare il figlio (7).

c) Quando l'impubere dato in arrogazione, giunto alla pubertà chiede per giuste cause la sua emancipazione (8).

2. Il consenso del figlio, perchè non è permesso al padre di emancipare il figlio contro la voglia di lui (9), a menochè egli non sia ancora infante *infans* (10), o adottivo (11).

3. Infine, debbono osservarsi le forme prescritte dalla legge.

§. 606. 2. *Forma dell'emancipazione.*

L'emancipazione, quanto alla sua forma, è di due specie nel diritto romano nuovo (12): l'*emancipazione*

Gajo, I, 130; III, 114. - Ulpiano, X, 5. - In appresso questo effetto fu esteso a più altre funzioni; §. 4, J. I, 12. - Cost. 66, C. X, 31. - Cost. 5, C. XII, 3. - Nov. 82, c. 2.

(1) Nov. 12, cap. 2.

(2) Cost. 6, C. XI, 40. - Cost. 12, C. I, 4. - D'ordinario vi si aggiunge il caso in in cui il padre espone il suo figlio a tenore della Cost. 2, 4, C. VIII, 52, e della Nov. 153, c. 1, (non glossata).

(3) Cpr. nominatamente la Nov. 81, c. 1.

(4) Gajo, I, §. 132-134. - Ulpiano, X, 1. - Paolo, II, 25. - §. 6-10, J. I, 12. - Dig. I, 7. - Cod. VIII, 49. - Scheltinga, *De emancipationibus*; in Fellenberg, *Jurisprudentia antiqua*, t. II, n. 18. - Glück, *Comm.* parte seconda, §. 157. - L. A. Marchant, *Diss. de emancipatione sec. princ. jur. romani et hodierni.* Lugd.-Bat. 1822.

(5) §. 6, J. I, 12. - fr. 31, D. I, 7.

(6) Fr. 5, D. XXXVIII, 12.

(7) Fr. 92, D. XXXV, 1.

(8) Fr. 32, pr. D. I, 7. - Vedi sopra il §. 549.

(9) Paolo, II, 25, §. 5. - Cost. 5, C. VIII, 49. - Principalmente la Nov. 89, c. 1, pr. - « Solvere jus patriæ potestatis invitis filiis non permissum est patribus ». - Per questa ragione la patria potestà non è disciolta per l'abdicazione del figlio (*abdicatio*). Cost. 6, C. VIII, 47.

(10) Cost. 5, in fine, C. VIII, 49.

(11) Cost. 10, pr. C. VIII, 48. - §. 3, J. I, 11. - fr. 132, pr. D. XLV, 1. - Quanto alla restrizione apposta all'emancipazione d'un impubere arrogato, vedi il §. 549.

(12) L'emancipazione dell'antico diritto, che si operava per mezzo di finte vendite seguite ciascuna da affrancazioni (*per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones*). Era già andata in disuso fin dal tempo di Giustiniano e

anastasiana (*emancipatio anastasiana*), quando il padre ottiene dal principe a sua richiesta e col consenso del figlio, un rescritto per cui questi è dichiarato *sui juris* (1); l'*emancipazione giustinianea* (*emancipatio justinianea*), quando il padre depone la sua potestà davanti al giudice competente, e senza contraddizione del figlio (2).

§. 607. 3. *Effetti dell' emancipazione.*

L'emancipazione produce l'effetto di rendere l'emancipato *sui juris*: egli subisce dunque una minima diminuzione di capo abbandonando la famiglia cui apparteneva, e perdendo i suoi diritti d'agnazione (3), che il principe solo può conservargli quando l'emancipazione ha luogo per rescritto (4). La legge accorda di nuovamente sottoporre alla patria potestà il figlio ingrato verso il padre (5).

fu abolita da lui formalmente. Cost. 6, C. VIII, 49. - §. 6, J. I, 12. - Vedi Ulpiano, X, 1. - Gajo, I, 132-134.

(1) Cost. 5, C. VIII, 49.

(2) Cost. 6, C. VIII, 49.

(3) Fr. 3, §. 1, D. IV, 5.

(4) Cost. 11, C. VI, 58.

(5) Cost. 1, C. VIII, 50.

SEZIONE TERZA

Della tutela e della curatela (1).

§. 608. *Idea della tutela e curatela.*

Per *tutela* e *curatela* si designa il diritto e il dovere di proteggere e far le veci delle persone che, a causa della loro giovinezza o per qualunque altro motivo hanno bisogno di difesa, d' assisterle in ogni atto giuridico e amministrare i lor beni (2).

CAPITOLO PRIMO

Della Tutela.

§. 609. I. *Nozione della tutela.*

La tutela degl'impuberi (*tutela impuberum* (3) è il potere e la facoltà concessa a un cittadino romano d'integrare, colla sua autorità, la persona del cittadino impubere, liberato dalla patria potestà, di farne le veci e am-

(1) Fonti: Gajo, *Comm.* I, §. 142-200. - Ulpiano, XI. - Cod. Teod. III, 17-19. - Ist. I, 13-26. - Dig. XXVI, XXVII - Cod. Giust. V, 28-52.

Bibliografia: Donello, *Comm. jur. civ.* III, XV, 18-22. - Ant. Faber, *Jurisprudentiæ Papinianæ scientia ad ordinem Institutionum efformata.* Lugd., 1658, I, 13-26. - Huber, *Disgress. Justin.* P. I, lib. III, c. 1-6; c. 11-26. - Ger. Noodt, *Commentar. ad Dig. lib. XXVI, XXVII.* In opp. Colon. 1763, p. 413. - J. T. Seger, *Hist. jur. rom. de tutelis et curationibus.* Lips., 1760. - Et in ejusd. opusc. ed. Klüber-Erlang., 1788, vol. I, pag. 61 e 111. - Gans, *Scolius sur Gajus*, pag. 178, e seg. - B. Wicher Wichers, *Diss. ad locum Gaji de tutelis.* Grœning. 1822. - T. Minguet, *Historia juris romani de tutelis.* Grœning., 1826. - H. L. Nilant, *Diss. de jure tutelari ex lege XII, tabb.* Grœning., 1827. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 232, e seg. - Glück, *Comm.* parte 28. p. 435, parte 33. p. 310.

(2) J. C. Branderberg, *Comm. exponens differentias juris romani inter pupillos et minores, tutores, et curatores.* Hannov., 1793. - A. G. de Schrœter, *De nexu tutelæ et juris succedendi.* Jenæ, 1820, pag. 22. - T. Reits, *De differentia tutelæ et curæ apud romanos.* Traj. ad Rhen. 1821.

(3) Nell' antico diritto romano erano due specie di tutela: la *tutela degl'impuberi*, e la *tutela delle femmine* (*tutela impuberum s. ætatis, tutela fœminarum s. sexus*). Il diritto di Giustiniano non parla che della prima, della quale soltanto noi ci occupiamo. - Vedi Gajo, I, 157, 190; II, 118. - Ulpiano: XI, §. 1, 25, 27; XX, §. 15. - Ever. Otto, *Diss. de perpetua fœminarum tutela.* Duisb., 1719. Halæ, 1722, et in ejusd. *Diss. jur. publ. et priv.* Ultraj. 1723, P. 1. - J. C. van Maanen, *Diss. de muliere in manu, et in tutela secundum Gaji Veronensis institutionum principia.* Lugd.-Bat., 1833. Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 224-245.

ministrare i suoi beni (1). Il diritto della tutela, accordato in principio al più prossimo agnato dall' impubere, divenne in appresso un dovere, un pubblico incarico *(munus publicum)*, che colui che erane rivestito doveva accettare (2); ma il diritto nuovo non recò cangiamento alcuno all' essenza della tutela, di far le veci e integrare la persona dell'impure negli atti giuridici, e amministrare i suoi beni (3). Chi era incaricato d'una tutela, dicevasi *tutore*, *tutor* (4); il soggetto, *pupillo*, *pupillus;* questi non poteva essere che un uomo *sui juris*, e di già nato (5). La tutela degl'impuberi è quindi una necessità della legge, vale a dire che non dipende dalla volontà del pupillo di ricevere un tutore o di non volerlo (6).

§. 610. II. *Capacità del tutore* (7).

Il tutore deve esser capace d' accettar la tutela. Sono incapaci:

1. I servi e quelli che non hanno la capacità di cittadini romani (8).
2. Le donne (9), meno la madre e l'ava, alle quali il diritto nuovo concede, anco a preferenza, la tutela dei figli e nipoti (10).
3. I furiosi, gl'imbecilli (11), e i dichiarati prodighi (12).
4. I sordi e i muti (13).
5. I minori (14).
6. I vescovi e i monaci (15).
7. I militari in servizio (16).
8. I dichiarati nemici del pupillo o del padre di lui (17).

---

(1) Fr. 1, pr. §. 1, D. XXVI, 1. « Tutela est (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data et permissa ». §. 1, 2, J. I, 13. - G. C. Gebauer, *Progr. de Servii Sulpicii definitione tutelæ in L.* 1, *D. de tutelis.* Gœtt. 1738, et in ejusd. *Exerc. acad.* t. II, p. 689. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 233.

(2) Fr. 1, §. 3, 4; fr. 18, §. 1, D. L, 4. - fr. 1, pr. D. XXVI, 7.

(3) Fr. 14, D. XXVI, 2. « *Tutor personæ* non *rei* vel *causæ* datur: » cioè il tutore si dà per completare la persona giuridica del pupillo in tutti gli affari, in cui dovrebbe agir solo. Non si dà dunque per un affare speciale del pupillo (non *singulæ* rei vel causæ datur), per *tutti* i di lui beni, e *tutti* gli affari che vi hanno rapporto; §. 17, J. I, 25. - fr. 12, 13, D. XXVI, 2.

(4) Fr. 1, §. 1, D. XXVI, 1. - §. 2, J. I, 13.

(5) Fr. 239, pr. D. L, 16. - fr. 1, pr. D. XXVI, 1. - fr. 161, D. L, 16. - fr. 20, D. XXVI, 5. - fr. 19, §. 2, D. XXVI, 2.

(6) Fr. 6, D. XXVI, 5. Cost. 2, C. V, 60.

(7) Glück, *Comm.* parte 29. §. 1300. - Zimmern, t. I, §. 240.

(8) Cost. 7, C. V, 34. - Frattanto il padre poteva nominare il proprio schiavo per tutore del suo figlio, e lo schiavo diventava libero; §. 1, J. I, 4. - I latini *(latini)* ed i forestieri *(peregrini)* erano dunque incapaci ad esser tutori, perchè la tutela era un diritto proprio dei cittadini romani, *jus proprium civium romanorum*; §. 1, J. I, 13, confrontato col §. 4, J. I, 22. - Buchholtz, *Ad Vatic. Fragm.* §. 193, pretende al contrario che i latini ed i forestieri fossero capaci ed obbligati ad accettare almeno la tutela *dativa*.

(9) Fr. 16, pr.; fr. 18, D. XXVI, 1. - Cost. I, 2, C. V, 35.

(10) Nov. 94. - Nov. 118, c. 5. - Non è dubitabile, a forma della Cost. 3, C. V, 35, e della Nov. 94, c. 1, in fine, che la madre avesse egualmente la tutela dei suoi figli naturali.

(11) §. 2, J. I, 14. - fr. 17, D. XXVI, 1.

(12) §. 3, J. I, 23. - fr. 1, pr. D. XXVII, 10.

(13) In fatti non potevano interporre la loro autorità. Fr. 1, §. 2, 3, D. XXVI, 1. - I ciechi non sono incapaci; fr. 16, D. XXVI, 8. - fr. 40, D. XXVII, 1.

(14) §. 13, J. I, 25. - Cost. 5, C. V, 30. - Il figlio di famiglia può divenir tutore se è fatto maggiore, pr. J. I, 14. - fr. 7, D. XXVI, 1.

(15) Cost. 52, C. I, 3. - Nov. 123, c. 5, §. 1.

(16) §. 14, J. I, 25. - fr. 8, D. XXVII, 1. - Cost. 4, C. V, 34. - Cpr. Cod. V, 65.

(17) §. 11, J. I, 25. - fr. 3, §. 12, D. XXVI, 10. - fr. 6, §. 17, D. XXVII, 1. - J. L. Herman. *Ad L.* 6, §. 17, *de Excusat.* Viteb. 1793.

9. Chi per danaro vuole ottener la tutela (1).

10. Quegli che al momento in cui gli è offerta la tutela, ha dei diritti su i beni del pupillo, o è verso lui obbligato; la madre e l'ava sono però eccettuate (2).

11. Quegli a cui è interdetta la tutela dal padre o dalla madre del pupillo (3).

12. Un giudeo non può esser tutore d'un cristiano (4).

§. 611. III. *Scuse dei tutori* (5).

La tutela è in diritto nuovo, un pubblico incarico; chiunque, per giusta causa ne è incaricato, non può ricusarla (6). Frattanto la legge ammette diverse cagioni, che autorizzano chi vuol farne uso, a sottrarsi dall'onere della tutela; questi motivi di scusa si dicono, in diritto romano, *excusationes* (7).

§. 612. *Continuazione.*

Queste scuse sono di due specie:

A. Alcune danno diritto a ricusare la tutela; le persone che hanno diritto a far valere queste scuse sono:

1. Chi ha figli legittimi, nati e viventi, in numero di tre in Roma, quattro in Italia, e cinque in provincia (8).

2. Chi ha l'età di 70 anni compiti (9).

3. Gli assenti a cagione di pubblici impieghi, essendo loro conferita una tutela durante la loro assenza o nell'anno del loro ritorno (10).

4. Le persone che occupano pubbliche dignità (11).

5. Gli ecclesiastici, i pubblici professori d'atti liberali e di scienze, non menochè i medici (12).

6. Gli amministratori dei beni de l

---

(1) Fr. 21, §. 6, D. XXVI, 5. - fr. 1, §. 8, D. XXVI, 10.

(2) Nov. 72, c. 1, 2, 3, 4. - Nov. 94, c. 1. - C. F. Walch, *De tutore pupilli suo ante susceptam tutelam debitore* Jenæ, 1777, e nei suoi *Opusc.* t. I, p. 36. - Hœpfner, *Comm.* §. 245, nota 6.

(3) Fr. 21, §. 2, D. XXVI, 5. - Cpr. fr. 8, pr. D. XXVI, 2.

(4) L'antico diritto pareva ammetterlo; fr. 15, §. 6, D. XXVII, 1. - Ma il diritto nuovo riguarda il giudeo come incapace di occupare funzioni pubbliche. Cost. 19, pr. C. I, 9.

(5) Ist. I, 25. - Dig. XXVII, 1. - Cod. V, 62-69. - Paul. II, 27-30. - *Frag. Vat.* §. 128-147. - Cujacio, *Comm. ad tit. Dig. de excusationibus*, in oper. t. I, pag. 1033. - Agostino, *Lib. sing. ad Modestinum, s. de excusationibus*, in Ottone, *Thes.* t. IV, p. 1425-1603. - G. A. Jenichen, *Diss. de excusationibus tutorum, et curatorum.* Giessæ, 1755. - Glück, *Comm.* parte 31. §. 1354, e seg. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 241, 242. - J. V. Westrick, *Disp. ad locum Gaji Institutionum de sponsoribus, fidepromissoribus, et fidejussoribus, et ad titulum fragmentorum Vaticanorum de excusatione.* Lugd.-Bat. 1826.

(6) Ad eccezione della madre e dell'avola, le quali sono in libertà di accettare o di rifiutare la tutela. Nov. 94, c. 1. « Quia vero matribus *volentibus* curam habere minorum, et *petentibus* curam subire etc. » - Nov. 118, c. 5.

(7) *Excusare* è preso talvolta nel diritto romano per *prohibere;* come nel fr. 1, §. 3, D. III, 1. - fr. 11, D. L, 2; - Così per rapporto alla tutela; §. 11, 13, 14, J. I, 25. - Cost. 17, C. V, 62. - Quindi i moderni ordinariamente distinguono la scusa volontaria e la scusa necessaria: la prima è la scusa nel suo vero senso: la seconda s' intende della incapacità alla tutela.

(8) Pr. J. I, 25. - fr. 2, §. 2-8; fr. 18, D. XXVII, 1. - Cost. I, C. V, 66. - *Fragm. Vat.* §. 191. - Cpr. Heineccio, *Ad leg. Jul. et Pap. Popp.* II, 8.

(9) §. 13, J. I, 25. - fr. 2, pr. D. XXVII, 1. - fr. 3, D. L, 6. - Cost. un. C. V, 68.

(10) §. 2, J. I, 25. - fr. 10, pr. §. 2, D. XXVII, 1. - Cost. 2, C. V, 64.

(11) §. 3, J. I, 25. - fr. 17, §. 5, D. XXVII, 1. - Cost. 52, C. I, 3. - Nov. 123, cap. 5.

(12) §. 15, J. ibid. - fr. 6, §. 1-9, D. XXVII, 1. - Cost. 6, C. X, 52. - Essi non hanno diritto di presentare la scusa, che « si circa operationem se negligenter non habeant » fr. 6, §. 4, D. XXVII, 1.

fisco, e dei beni patrimoniali del principe (1).

7. Colui che non ha il suo domicilio nel luogo in cui gli è conferita la tutela (2).

8. Quegli che il padre ha nominato tutore per odio (3).

9. Tre tutele nella stessa famiglia, amministrate a rischio del padre di famiglia, servono di scusa a ciascun membro di questa famiglia per rifiutare la quarta (4).

B. Vi sono altre scuse, che danno il diritto di dimettersi da una tutela accettata: coloro che possono invocarle sono:

1. Colui che per povertà o per malattia, non è in caso di continuare la sua gestione (5).

2. Quegli che cangia di domicilio coll'autorità del principe, ove da questi si sappia ch'egli amministra una tutela (6).

3. Quegli che è ricevuto nel consiglio del principe (*consilium principis*) (7).

4. Colui che è assente per affari di stato, può esigere che altri amministri la tutela finchè dura la sua assenza (8).

§. 613. *Continuazione.*

Qualunque tutore, testamentario, legittimo, o dativo, è in diritto di presentar queste scuse. Sono però obbligati a farle valere entro 50 giorni a datare da quello in cui sono stati nominati (9). Quegli che hanno promesso al padre di amministrar la tutela e di non profittar della scusa, non possono altrimenti farla valere (10). Lo stesso dicesi di chi ha accettato un legato a lui fatto a condizione che sia tutore (11).

§. 614. IV. *Specie della tutela.*

La tutela deriva o da una disposizione testamentaria (*tutela testamentaria*), o da una disposizione della legge *(tutela legitima)*, o da una disposizione dell'autorità (*tutela dativa*). Il diritto romano non parla di tutela convenzionale (12).

§. 615. A. *Tutela testamentaria* (13).

La tutela testamentaria si basa, nel romano diritto, su i principj seguenti:

1. Il padre di famiglia soltanto ha il diritto di nominare, in caso di morte, un tutore ai suoi figli e discendenti impuberi, che all'epoca della morte di lui si trovano sotto la sua potestà immediata e dopo la sua morte divengono *sui juris* (14).

---

(1) §. 1, J. I, 25. - fr. 22, §. 1; fr. 41, pr. D. XXVII, 1.

(2) Fr. 46, §. 2, D. ibid. - Cpr. fr. 10, §. 4; fr. 19; fr. 21, §. 2, D. ibid. - Cost. II, C. V, 62.

(3) §. 9, J. I, 25.

(4) . 5, J. I, 25. - fr. 2, §. 9; fr. 3, 5; fr. 15, §. 15; fr. 17, pr.; fr. 31, §. 4, D. XXVII, 1. - Nell'ultimo passo si legge « Cæterum putarem recte facturum prætorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat ». Cost. un. C. V, 69.

(5) §. 6, J. I, 25. - fr. 7; fr. 40, §. 1, D. XXVII, 1. - Cost. un. C. V, 67.

(6) Fr. 12, §. 1, D. XXVII, 1.

(7) Fr. 30, pr. D. XXVII, 1. - fr. 11, §. 2, D. IV, 4.

(8) §. 2, J. I, 25. - fr. 10, pr. §. 2, D. XXVII, 1. - fr. 11, §. 2, D. IV, 4. - Cost. 1, C. V, 64.

(9) §. 16, J. I, 25. - fr. 2, §. 5; fr. 13, §. 1, 2; fr. 30, §. 2; fr. 45, §. 1, D. XXVII, 1. - Cost. 9, C. V, 34.

(10) §. 9, J. I, 25. - fr. 15, §. 1, D. XXVII, 1. - *Vatic. Fragm.* §. 153.

(11) Fr. 5, §. 2, D. XXXIV, 9.

(12) Perchè il §. 9, J. I, 25, ed il fr. 15, §. 1, D. XXVII, 1, non parlano che di colui, il quale ha promesso al padre dell'impubere di non far valere la sua scusa se gli fosse deferita la tutela per una causa giusta. - J. G. Heineccio, *Diss. de tutela pactitia seu conventionali.* Lips. 1777 e nell'oper. t. III, sect. 4, p. 86.

(13) Gajo, I, 144, e seg. - Ulpiano, XI, XIV, e seg. - Ist. I, 14. - Dig. XXVI, 2. - Cod. V, 28. - fr. 120, D. L, 16. - Glück, *Comm.* parte 29, p. 197.

(14) §. 3, J. I, 13. - fr. 73, §. 1, D. L, 17. - fr. 1, §. 1; fr. 4, D. XXVI, 2. - Il padre poteva egualmente nominare nel

2. La nomina del tutore deve farsi in un testamento, o in un codicillo confermato dal testamento (1); può farsi puramente e semplicemente, o sotto condizione, o da un certo giorno *(ex die)*, o fino a un certo giorno *(in diem)*, o senza determinazione di tempo (2); ma il tutore deve essere persona certa anche dopo l'epoca in cui fu nominato (3).

3. Il tutore testamentario nominato validamente da chi ne aveva il diritto, dicevasi presso i romani, *tutor recte datus* (4); egli acquistava l'*jus tutelæ ipso jure*, senza bisogno d'esser confermato dall'autorità, ed era dispensato dal prestar cauzione *(satisdatio)* (5).

§. 616. *Continuazione.*

La tutela testamentaria non era validamente conferita (*non recte datur*), quando quegli che nominava il tutore non aveva l'impubere sotto la sua patria potestà, o quando avendo su lui realmente la patria potestà non nominava il tutore in un testamento, o in un codicillo confermato dal testamento. Ma il diritto nuovo obbliga l'autorità a confermare, talvolta puramente e semplicemente, tal' altra con preventiva inquisizione, e dopo aver fatto costituir cauzione, il tutore testamentario non validamente dato: si distingue dunque la tutela testamentaria in *perfetta* (*tutela testamentaria perfecta*) che designa la tutela testamentaria valida di primo diritto, e in *imperfecta* (*tuteta testamentaria imperfecta*) che comprende i casi nei quali manca l'una o l'altra di queste condizioni (6). Nella tutela testamentaria imperfetta si distinguono i casi seguenti:

1. Quando il tutore non validamente dato doveva confermarsi senza inquisizione e senza fargli prestar cauzione. Tale era il caso in cui il padre nominava in un testamento o in un codicillo confermato, un tutore al suo figlio emancipato, comunque non istituito nel testamento (7); tale il caso, in cui il padre, nominando un tutore al suo figlio di famiglia, ciò faceva in un testamento invalido o in un codicillo non confermato (8); tale il caso in cui nominava un tutore al suo figlio naturale, che doveva allora essere istituito (9); tale, finalmente il caso in cui la madre nominava un tutore al suo figlio da lei istituito erede (10).

2. Quando la conferma abbisognava d'inquisizione, ma non di cauzione: tal era il caso in cui il padre nominava un tutore al figlio naturale cui non aveva lasciato niente (11), e il caso in cui la madre ne dava uno al figlio che non aveva istituito (12).

3. Quando la inquisizione e la cauzione erano del pari necessarie: tal era il caso in cui il patrono dava un tutore al liberto impubere istituito, o qualunque altra persona a un impu-

---

suo testamento un tutore al suo figlio postumo, se questo era *sui juris* alla morte di suo padre. §. 4, J. I, 13.

(1) Fr. 3, D. XXVI, 2. - Cost. 2, C. V, 28. Non è dubbio che ella potesse egualmente esser fatta *in testamento parentum inter liberos* (§. 648). - M. J. Euler, *De testamento parentum inter liberos*. §. 70, Berol. 1820.

(2) §. 1, 2, 3, J. I, 14. - fr. 8, §. 2; fr. 10, §. 3, 4, D. XXVI, 2. - fr. 11, D. XXVI, 1.

(3) §. 27, J. II, 20. - fr. 20, pr.; fr. 30, D. XXVI, 2. - Haubold. *Diss. de tutore incerto*. Lips. 1790. - C. G. Schweitzer, *Diss. ad tit. Dig. de rebus dubiis*. Lips. 1802, pag. 47.

(4) Fr. 1, §. 1, D. XXVI, 3.

(5) Fr. 7; fr. 17-19, D. XXVI, 2. - Gajo, I, 200.

(6) D. XXVI, 3. - Cost. V, 29. - Glück, *Comm.* parte 29. p. 253, e seg.

(7) §. 5, J. I, 13. - fr. 1, §. 1, D. XXVI, 3.

(8) Fr. 1, §. 1, 2; fr. 3, D. XXVI, 3.

(9) Fr. 7, ibid.

(10) Fr. 2, ibid. - Cost. 4, C. V, 28.

(11) Fr. 7, ibid.

(12) Cost. 4, cit.

bere che dichiarava egualmente suo erede (1).

§. 617. B. *Della tutela legittima* (2).

La tutela legittima si basa sul principio, che l'erede il più prossimo ab intestato dell'impubere ha il diritto e il dovere d'addossarsi la tutela (3). Nullameno, la madre e l'ava dell'impubere che vogliono incaricarsi della tutela, hanno la preferenza su tutti gli altri collaterali (4). Più eredi ab intestato, parenti nel medesimo grado dell'impubere, hanno tutti egualmente il diritto e il dovere di amministrar la tutela, e quando il più prossimo erede è assolutamente incapace, ed è per esser sempre tale, la tutela passa a quello che è il più prossimo dopo di lui (5). Il tutore legittimo acquista del pari *ipso jure* il diritto di amministrar la tutela, senza bisogno d'esser confermato dalla autorità (6).

§. 618. C. *Della tutela dativa* (7).

La tutela dativa non può esser deferita che dall'autorità a cui la legge ne accorda espressamente il diritto; questo diritto era, presso i romani in tutti i tempi differentissimo (8). Chiunque ha interesse che l'impubere abbia un tutore (9), è in diritto di chiederlo all'autorità (10); le persone che ne hanno obbligo speciale sono la madre e l'ava del pupillo, se non vogliono incaricarsi della tutela, non meno che i suoi più prossimi eredi ab intestato, sotto pena di perdere il lor diritto di successione (11), tranne ov'essi non abbiano una scusa particolare (12).

§. 619. *Del rapporto fra queste tre specie di tutela.*

Queste tre specie di tutela hanno fra loro il seguente rapporto:

1. La tutela testamentaria è preferita a tutte le altre (13).
2. Se il tutore testamentario non è che momentaneamente impedito nel disimpegno delle sue funzioni, il magistrato nomina un tutore o un curatore provvisorio, fino al tempo in cui l'impedimento venga a cessare; perchè fintanto che vi è speranza di una tutela testamentaria, la legittima è esclusa.
3. Lo stesso avviene quando il tutore legittimo è momentaneamente impedito (14).

---

(1) Fr. 4, 5, ibid.

(2) Gajo, I, 155, seg. - Ulpiano, XI, 3, seg. - Ist. I, 15, 17, 18, 19. - Dig. XXVI, 4. - Cod. V, 30. - Nov. 118, c. 5. - J. B. Friesen, *De tutelæ et successionis legitimæ nexu*. Jenæ, 1719. - A. J. Schott, *Diss. de tutela legitima*. Ultraj., 1723. - A. G. de Schrœter, *De nexu tutelæ et juris succedendi in bona defunctorum*. Jenæ, 1820. - Glück, *Comm.* parte 29. §. 315, e seg.

(3) Secondo la regola « Plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet » pr. J. I, 17.

(4) Elleno sono frattanto obbligate a renunziare al benefizio del senatusconsulto Vellejano, e perdono la tutela passando a secondo matrimonio. Cost. 3, C. V, 35. - Nov. 94. - Nov. 118, c. 5.

(5) Fr. 3, §. 9, D. XXVI, 4. - S'egli è momentaneamente impedito, l'autorità nomina un tutore provvisorio (§. 581).

(6) Gajo, I, 200.

(7) Gajo, I, 185, e seg. - Ulpiano, XI, 18, e seg. - Ist. I, 20. - D. XXVI, 5. - Cod. Teod., III, 17. - Cod. V, 34. - Heineccio, *Ant. Rom.* I, 15, §. 9, 15. - Glück, *Comm.* parte 29. pag. 400, e seg.

(8) Fr. 6, §. 2, D. XXVI, 1. - fr. 77. D. L, 17, e le fonti indicate nella nota precedente.

(9) Fr. 2, pr. D. XXVI, 6.

(10) Dig. XXVI, 1. - Cod. Teod. III, 18. - Cod. V, 31. - Glück, parte 30, p. 78.

(11) Fr. 2, §. 1, D. XXVI, 6. - Cost. 10, C. VI, 58. - Cost. 6, C. VI, 56.

(12) Fr. 2, §. 26, 27, 28, 45, 46, D. XXXVIII, 17. - Cost. 2, C. II, 35. - Cost. 3, C. VI, 56. - Cost. 8, C. V, 31.

(13) Fr. 11, pr. D. XXVI, 2. - Nov. 118, c. 5.

(14) Per esempio, §. 1, J. I, 20. - fr.

4. Ma per lo contrario, se la tutela testamentaria vien meno avanti o dopo l'accettazione di lei, bisogna distinguere: o il tutore cessa dalle sue funzioni con intervento dell'autorità, in tal caso, questa nomina un altro invece del primo (1); o l'autorità non v'interviene, e allora la tutela diventa legittima (2).

5. Se non è stato nominato alcun tutore testamentario, la tutela è primieramente deferita al tutore legittimo (3), e in mancanza di questi, al tutore nominato dal magistrato (4).

6. Finalmente, se tra più tutori testamentarj uno viene a mancare, il magistrato ne nomina un altro in sua vece; mancando tutto senza intervento dell'autorità, la tutela si deferisce al tutore legittimo (5).

§. 620. VI. *Diritti e doveri del tutore.* A. *Accettando la tutela.*

Ogni cittadino, informato che gli è deferita una tutela, deve tostamente intraprenderne l'agenzia, a menochè non abbia intenzione di presentare una scusa; non facendolo, è responsabile d'ogni danno cagionato al pupillo (6). Il magistrato, nominando o confermando il tutore nelle sue funzioni, deve aver cura di fargli prestar cauzione per garantire gl'interessi del pupillo (7). Il diritto nuovo obbliga del pari ogni tutore a prestar giuramento (8).

§.621. B. *Dopo avere accettato la tutela.* 1. *Cure di educare il pupillo.*

I diritti e i doveri del tutore, durante la sua amministrazione, riguardano, secondo il nuovo diritto, la persona fisica e la civile del pupillo, relativamente agli atti giuridici che egli intraprende, non menochè la gestione dei suoi beni (9). Ai doveri della prima specie appartien quello di prender cura del mantenimento e e dell'educazion del pupillo, sotto la sorveglianza del tutore onorario (10) e dell'autorità (11). Quando il padre del pupillo non ha determinato la somma da impiegarsi a tal uopo, è rilasciata siffatta cura all'autorità (12), la quale la determina anche nel caso in cui la volontà del padre potesse pregiudicare al figlio (13). La persona presso cui il pupillo deve risiedere ed essere allevato, è del pari o non è designata dal padre; nel primo caso l'educazione del pupillo si rilascia alla persona designata (14); nel secondo, appartiene alla madre finchè non contrae un secondo matrimonio. Ma se la madre non esiste, o se i parenti del pupillo trovan dannoso l'affidarle la educazione di lui, l'autorità deve scegliere fra queste persone, quella presso cui il pupillo deve dimorare ed essere allevato; la scelta dell'au-

---

11, pr. D. XXVI, 2. - fr. 10, §. 7, D. XXVII, 1. - §. 5, J. I, 23.

(1) Per esempio, fr. 11, §. 1, 2, D. XXVI, 2.

(2) Fr. 11, §. 3, D. ibid.

(3) Pr. J. I, 15.

(4) Pr. J. I, 20.

(5) Fr. 11, §. 4, D. XXVI, 2.

(6) Fr. 1, §. 1; fr. 7, pr. D. XXVI, 7. - Cpr. fr. 5, §. 10; fr. 39, §. 6; fr. 58, §. 2, D. ibid. - Cost. 1, C. V, 28. - Cost. 15, C. V, 62. - Cost. 1, 3, C. V, 63.

(7) Gajo, I, 199. - Ist. I, 24. - Cod. V, 42.

(8) Nov. 72, c. 8. - V. il §. 599.

(9) Parleremo al §. 601, di questa amministrazione o gestione di beni.

(10) Il tutore onorario *(tutor honorarius)* è in diritto romano chi ha sorveglianza sopra il tutore gerente. Egli è sussidiaramente tenuto dell'amministrazione dei beni, e si chiama pure *tutor notitiæ causa datus*; fr. 3, §. 1, 2, D. XXVI, 7. - fr. 14, §. 1, 6, D. XLVI, 3. - fr. 32, §. 1, D. XXVI, 2.

(11) Dig. XXVII, 2. - Cod. V, 49, 50. - Glück, *Comm.* parte 30. p. 217, parte 32. pag. 155, e seg.

(12) Fr. 3, pr. D. XXVII, 2.

(13) Fr. 2, §. 3, D. ibid.

(14) Fr. 1, §. 1, D. ibid. - Cpr. fr. 5, D. ibid.

torità obbliga la persona eletta a intraprendere la tutela (1).

§. 622. 2. *Autorità del tutore.*

La destinazione principale del tutore consiste, per diritto romano, nel difendere il pupillo (*ne indefensum pupillum relinquat*), vale a dire ch'egli faccia per intiero le veci di lui, o che lo integri colla sua autorità (2), e lo protegga contro i danni che sarebbero conseguenza della capacità a contrattare che in lui manca interamente, o per lo meno è incompleta (3). Finchè il pupillo è nell'infanzia (*infantia*) e che non ha in conseguenza alcuna volontà ad agire, il tutore ne fa le veci negli atti giuridici i quali non potrebbero non eseguirsi senza ch'egli ne risentisse pregiudizio (*negotia pupilli gerere debet*); ma tostochè il pupillo è uscito dall'infanzia (*infantia major*) e che può conseguentemente agire da se stesso, il tutore completa la persona impubere del pupillo e la sua volontà, interponendo la sua autorità negli atti posti in essere dal pupillo (*autoritatem interponere s. auctor fieri debet*) (4). Questa autorità è necessaria:

1. In tutti gli atti in cui il pupillo si obbliga, o che operano un cangiamento nel suo stato (*status*); ma non si richiede tuttavolta che il pupillo acquisti dei diritti senza obbligarsi (5). L'autorità non interposta, essendo necessaria, annulla di pieno diritto l'atto, in favore del pupillo; egli solo può prevalersene per intentare un'azione, ma non può venire azionato (6). Quando, al contrario, l'autorità è interposta, l'atto è, di stretto diritto, obbligatorio pel pupillo, il quale non ostante può chiedere la restituzione in intero (*restitutio in integrum*) ove sia stato leso (7).

2. Qualunque tutore, anche l'onorario, ha diritto d'interporre la sua autorità (8).

3. Lo stesso tutore, o persona soggetta alla sua potestà, che pone in essere un atto col pupillo, non può, a tal uopo interporre l'autorità (*tutor in rem suam actor esse non potest*); bisogna, in tal caso, se il pupillo non ha curatore nè tutore onorario, nominargli un curatore, che presti all'atto il suo consenso (9).

4. La forma dell'autorità del tutore esige ch'egli sia presente all'atto, che vi acconsenta instantaneamente, ver-

---

(1) Cost. 1, 2, C. V, 49. - Nov. 22, c. 38.

(2) Ist. I, 21. - Dig. XXVI, 8. - Cod. V, 59. - Glück, *Comm.* parte 30. p. 424, e seg. - Cpr. Savigny, *De la vocation de notre siècle pour la jurisprudence*, pag. 104.

(3) Fr. 30, D. XXVI, 7.

(4) §. 9, 10, J. III, 19, (20). - fr. 1, §. 2; fr. 2, pr. D. XXVI, 7. - fr. 189, D. L, 17. - fr. 10, D. XXII, 6. - Cost. 18, §. 2, C. VI, 30. - Ma qui non è questione che d'una *pupilla*, ossia d'un impubere *sui juris*, che si trova sotto tutore; fr. 239, D. L, 16. - Poichè una impubere che ancora è sotto la patria potestà, è totalmente incapace di fare da se stessa un atto giuridico. - §. 10, J. cit.: « qui in potestate parentis impubes, ne auctore quidem patre obligatur » fr. 141, §. 2, D. XLV, 1. - Il padre di famiglia può invero dargli ordine (*jussus*) come ad ogni altro, anche pubere, che egli ha sotto la sua potestà, di fare un atto, ma allora resta obbligato solo il padre. - fr. 8, §. 1; fr. 25, §. 4, D. XXIX, 2. - fr. 1, §. 4, D. XIV, 1. - fr. 7, §. 2, D. XIV, 2.

(5) Pr. §. 1, J. I, 21. - fr. 9, pr. D. XXVI, 8.

(6) Pr. J. cit. - fr. 13, §. 29, pr. D. XIX, 1. - Gli atti di questa specie si dicono della *negotia claudicantia.*

(7) Fr. 16, pr. D. IV, 4. - Cost. 2, C. II, 25.

(8) Fr. 49, D. XXIX, 2. - fr. 14, §. 1, 6, D. XLVI, 3. - Rapporto all'autorizzazione quando il pupillo ha più tutori, vedi la Cost. 5, C. V, 59, confrontata co' fr. 4; fr. 5; §. 2, D. XXVI, 8. - fr. 14, §. 1, 2; fr. 100, D. XLVI, 3.

(9) §. 3, J. I, 21. - fr. 1, §. 13, D. XXXVI, 1. - fr. 15, pr. §. 2; fr. 18, D. XXVI, 8. - Cost. 5, C. IV, 38. - Nov. 72, c. 2. - Ma se il tutore non avesse interesse nell'atto che in seguito, può darvi la sua autorizzazione, fr. 1, pr.; fr. 7, pr. §. 2, D. XXVI, 8.

balmente (1), senza esservi astretto (2), e senza condizione (3). La mancanza d'una di queste condizioni annulla l'autorità (4).

§. 623. *Dei protutori.*

Quegli che, senza esser tutore, agisce come tale, dicesi generalmente *protutor* o *falsus tutor*. Ma in senso più stretto, v'ha differenza fra queste due specie di tutori: infatti quegli, che senza esser tutore, amministra i beni pel pupillo, dicesi *protutor*, *id est qui pro tutore negotia gerit* (5); gl' incombono gli stessi doveri del vero tutore, s'egli agisce *animo tutoris;* non ostante il pupillo può chiedere ch'egli sia allontanato, dimostrando non esser lui vero tutore (6). Al contrario quegli che, senza esser tutore interpone la sua autorità in un atto del pupillo, si dice *falsus tutor* (7). Relativamente al pupillo, un tal atto deve riguardarsi come concluso senza tutore, e non è valido se non quanto possono esserlo gli atti dei pupilli posti in essere senza autorità (8).

§. 624. VI. *Fine della tutela.*
A. *Di pieno diritto.*

La tutela cessa di pieno diritto:

1. Quando il pupillo diventa pubere, quando muore, o subisce una diminuzione di capo (9).

2. Quando il tutore muore o perde lo stato di libertà o di cittadinanza (10).

3. Quando il tutore testamentario non è stato nominato che fino a un certo tempo, o alla purificazione d'una condizione, cessa la tutela col sopraggiungere del tempo e col purificarsi della condizione (11).

4. Infine; cessa di pieno diritto, quando la madre o l'ava, tutrice dei figli o nipoti, passa a seconde nozze (12).

§. 625. B. *Per disposizione giudiciale.*

La tutela cessa per disposizione del giudice:

1. Per la domanda del tutore, facendo valere un motivo di scusa che lo esonera dalla tutela di già accettata.

2. Contro la volontà del tutore, ove si sospetti che egli non adempie i suoi doveri con tutta fedeltà, o quando somministra occasione di temerlo (*tutor sospectus*); la sua destinazione è allora necessaria, o per lo meno salutare al pupillo (13).

---

(1) §. 2, J. I, 21. - fr. 9, §. 5, D. XXVI, 8.
(2) Fr. 1, §. 1; fr. 17, D. ibid.
(3) Fr. 8, D. ibid.
(4) Fr. 2, D. ibid. - §. 2, J. I, 21.
(5) Dig. XXVII, 5. - Cod. V, 45. - M. Grassi, *Delibata ex materia juris protutorum.* Tubing. 1704. - Glück, *Comm.* parte 32. pag. 293, e seg., pag. 341, e seg.
(6) Fr. 4, D. XXVII, 5. - fr. 1, §. 3, D. ibid.
(7) Dig. XXVII, 6. - *Frag. Vat.* §. 1.
(8) Pr. J. I, 21.
(9) Pr. §. 1, 3, 4, J. I, 22. - fr. 4, pr. D. XXVII, 3. - fr. 13, pr. §. 1, D. XXVI, 1. - Cost. 1, 3, C. V, 60.
(10) §. 4, J. I, 22 - fr. 14, §. 3, 5, D. XXVI, 1.
(11) §. 2, 5, J. I, 22. - fr. 14, §. 3, 5, D. XXVI, 1.
(12) Cost. 2, 3, C. V, 35. - Nov. 94, c. 2. - Nov. 118, c. 5.
(13) §. 6, J. I, 22. - Cpr. Ist. I, 26. - D. XXVI, 10. - Cod. V, 43. - Doneau, *Comm. jur. civ.* III, 10, 16. - Jo. Vollenhove, *De suspectis tutoribus et curatoribus*; in Oerlichs. *Nov. Thes. Diss. Belgic.* Vol. I, t. I, p. 189. - D. d'Hauw, *Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus.* Brug. 1825. - Glück, *Comm.* parte 31. p. 41, e seg. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 252.

CAPITOLO SECONDO

Della Curatela.

§. 626. I. *Nozione della curatela* (1).

La curatela (*cura s. curatio*) è un incarico imposto a taluno dalla autorità, di amministrare i beni di colui, che per cagione particolare, è riguardato come incapace ad amministrarli da se stesso (2). L'incaricato di ciò, si dice *curatore*. Egli differisce essenzialmente dal tutore, in quanto egli è semplice amministratore dei beni altrui, comunque relativamente a questa amministrazione, si applichino ad entrambi gli stessi principj (3).

§. 627. II. *Divisione della curatela*.

Relativamente alla sua estensione, si divide la curatela:

1. In curatela *perfetta* e *imperfetta* (*cura plena et minus plena*), secondochè racchiude un pieno e intero diritto d'amministrare, o semplicemente il diritto di custodire i beni (*custodia bonorum*), combinato con quello d'alienare le cose che non possono conservarsi (4).

2. In curatela *personale* e *reale* (*cura personalis et cura bonorum s. realis*); la prima non riguarda che il ben essere e i bisogni personali di colui che si trova sotto curatela; come la curatela d'un furioso, d'un ventre (*cura furiosi, cura ventris*); la seconda, al contrario, non si occupa che dell'amministrazione dei beni. V'ha una terza specie di curatela *mista* (*cura mixta*) che racchiude in sè le funzioni d'entrambe (5).

3. In curatela *generale* e *particolare*; l'una abbraccia l'amministrazione di tutti i beni, l'altra riguarda affari particolari di chi vi è sottoposto (*curator ad hoc*); come, *ad litem*, *ad dotem costituendam*, *ad alimenta præstanda* (6).

4. In curatela *volontaria* e *necessaria;* la prima si conferisce sulle domande di chi si trova sotto curatela; la seconda è, per lo contrario, data contro e senza la sua volontà; un esempio della curatela volontaria è quella dei *minori* presso i romani.

§. 628. III. *Dell'incapacità e delle scuse dei curatori.*

Il curatore deve esser capace pel disimpegno della curatela, e sotto condizione tale, è obbligato ad accettarla, non potendo far valere un motivo di scusa. È da applicarsi ai curatori tutto quanto più sopra è stato detto relativamente alla incapacità e scuse dei tutori; basti il far notare adesso, che la madre e l'ava le quali hanno il diritto d'incaricarsi della tutela dei loro figli e nipoti, non hanno

(1) Vedi gli scritti citati nel §. 569.

(2) Ella differisce dalla procura ordinaria in quanto che ella si conferisce dal magistrato, e il più delle volte contro la volontà di quello che vi si sottopone. Infatti la procura è data volontariamente da quello che fa sorvegliare i suoi affari e amministrare i suoi beni da altri.

(3) Quindi il fr. 13, pr. D. XXVII, 1, dice: « in paucissimis distant curatores a tutoribus ».

(4) Fr. 48, D. XXVI, 7. - fr. 1, §. 17-24, D. XXXVII, 9.

(5) Fr. 27, pr. D. XXII, 10.

(6) §. 2, J. I, 23. - Cost. 3, C. V, 44. - Cost. 28, C. V, 12. - fr. 6, D. XXVII, 2.

quello d'incaricarsi della curatela (1); che il marito e il fidanzato non possono essere curatori della moglie e della fidanzata in stato d'imbecillità (2), e che il tutore di un pupillo, terminata la tutela, non è obbligato ad accettare la curatela della persona medesima (3).

§. 629. IV. *Fondamento della curatela.*

Giusta il nuovo diritto romano, ogni curatela si basa, relativamente alla sua origine, sopra un ordine del magistrato (4). Questi però deve, nominando un curatore, aver riguardo alla persona nominata nel testamento del padre o della madre e confermarla, ove non esistano altri impedimenti. In mancanza della persona nominata nel testamento, bisogna aver riguardo ai parenti più prossimi. Il magistrato istesso che nomina i tutori, può del pari deferire la curatela (5).

§. 630. V. *Specie della curatela.* A. *Della curatela dei furiosi e dei pazzi.*

I furiosi, i pazzi e le altre persone deboli di spirito, che non sono più soggette nè alla patria potestà nè alla tutela, debbono ricevere un curatore (6). La curatela dei furiosi era la sola legittima per l'antico diritto; essa apparteneva ai più prossimi agnati ed ai *gentiles* del furioso (7); il diritto nuovo l'ha estesa alle altre persone deboli di spirito che non possono amministrare da per sè i loro beni (*mente capti, fatui, dementes*), ma è in seguito divenuta dativa in tutti i casi (8); nullameno, l'autorità non può senza motivo particolare, allontanar dalla curatela quegli che nel testamento è stato designato dal padre, e in mancanza di curatore nominato per testamento, i più prossimi parenti del pazzo (9). Il curatore deve non solo amministrare i beni, ma del pari aver cura della salute del furioso o del pazzo e cercare di ristabilirla (10). Se questi ha dei lucidi intervalli, si sospendono in essi le funzioni del curatore; cessano per intero tostochè il furore o la demenza è completamente sparita (11).

§. 631. B. *Curatela dei prodighi.*

Quanto alla amministrazione delle cose sue, il prodigo (*prodigus*) è equiparato al pazzo. In diritto, non si riguarda come prodigo che colui al quale l'autorità, dopo inquisizione preventiva, ha interdetto l'amministrazione dei proprj beni (*cui bonis interdictum est*) (12). Nell'antico diritto, l'amministrazione dei suoi beni

---

(1) La Nov. 98, sembra in vero essere opposta, ma non lo è.

(2) Fr. 14, D. XXVII, 10. - Cost. 2, C. V, 34. - fr. 1, §. 5, D. XXVII, 1.

(3) §. 18, J. I, 25.

(4) L'antico diritto ci parla di una curatela *legittima* dei furiosi, e dei prodighi già rammentata nelle Dodici Tavole. - Ulpiano, XII, 2. - §. 1, 3, J. I, 23.

(5) §. 1, J. I, 23. - Cpr. la Cost. 7, §. 5, C. V, 70.

(6) Fr. 3, pr. §. 1, D. XXVI, 1. - Dig. XXVII, 10. - Cod. V, 70. - Glück, *Comm.* parte 33. §. 1390, 1398. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 236.

(7) Cicerone, *De inventione*, II, 50. - « *Ad agnatos gentilesque deducendus est* ». Varron, *De re rustica*, I, 2. - Ulpiano, XII, 2.

(8) §. 3, 4, J. I, 23. - fr. 1, pr. D. XXVII, 10. - Cost. 1, C. V, 70. - fr. 1, §. 11; fr. 2, D. III, 1.

(9) Fr. 16, D. XXVII, 10. - Cost. 7, §. 5, 6, C. V, 70. - Cost. 27, C. I, 4. - fr. 2, 4, D. XXVII, 10.

(10) Fr. 7, pr. D. XXVII, 10.

(11) Fr. 1, pr. D. XXVII, 10. - Cost. 6, C. V, 70. - Cost. 5, C. VI, 36.

(12) Ulpiano, XII, 2. - Paolo, III, 4, A. §. 7, dà la formula della interdizione. « Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico ». - R. J. U. Vael, *Diss. de prodigis.* Grœning. 1806. - G. Th. Wicherlinck, *De cura prodigorum* Lugd.-Bat. 1821. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 236.

apparteneva, in tal caso, ai suoi agnati e *gentiles*; il diritto nuovo esige che gli sia nominato un curatore dal magistrato, che nella scelta deve aver riguardo ai più prossimi parenti (1). Il prodigo può liberamente disporre della sua persona, ma non dei suoi beni, senza il consenso del curatore, tranne quando l'affare ch'egli conclude gli dia diritti senza obbligarsi (2). La curatela d'un prodigo non cessa che allorquando il magistrato toglie la interdizione, e gli restituisce l'amministrazione dei suoi beni (3).

§. 632. C. *Curatela dei pupilli.*

Per regola generale, i pupilli non ricevono curatore, perchè hanno un tutore che deve al tempo stesso amministrare i lor beni (4). Questa regola è nullameno soggetta alle seguenti eccezioni:

1. Quando il pupillo deve concludere un atto giuridico col suo tutore, essendo in conflitto seco lui (5), o esistendo fra loro altre pretese (6).
2. Quando alcuni beni abbisognano d'una amministrazione particolare, a causa della loro lontananza (7).
3. Quando il tutore, a cagione d'impedimento temporario, non può agire immediatamente; o quando è sospeso nelle sue funzioni (8), o quando si dimette per un certo tempo a cagione di assenza per affari di Stato (9).
4. Quando egli presenta una scusa, o viene accusato come sospetto (10).

In tutti questi casi, il pupillo riceve un curatore, e negli atti giuridici ch'egli deve di necessità concludere, riceve un tutore speciale per completare la sua civile capacità; questo tutore gli è dato come eccezione alla regola ad *certam causam*; per esempio, per adire una successione a lui deferita per testamento, che nomina del pari un tutore al pupillo (11). La curatela dei pupilli cessa in tal caso colla cagione che l'ha dato vita (12).

§. 633. D. *Curatela dei minori.*
1. *Quando abbia luogo* (13).

L'uomo *sui juris* e *pubere*, comunque minore, può in generale porre in essere validamente e di per sè qualunque atto giuridico; egli amministra i suoi beni, e la sua giovinezza isolatamente non può fornir causa di toglierli questa amministrazione per affidarla a un curatore (14). Solo in casi particolari, per eccezione, il mi-

---

(1) Cicerone, *De inventione*, II, 50. - Ulpiano, XII, 2. - §. 3, J. I, 23. - fr. 1, pr. §. 1; fr. 15, D. XXVII, 10. - Cpr. Dirksen, *Sur les XII Tables*, p. 379, e seg. - Quando il padre nel testamento dichiara prodigo il suo figlio, e gli nomina un curatore, il magistrato è obbligato a confermarlo; fr. 16, §. 1-3, ibid.

(2) Fr. 10, pr. D. XXVII, 10. - Cost. 3, C. II, 22. - fr. 26, D. XVIII, 1. - fr. 6, D. XLV, 1. - fr. 9, §. 7, D. XII, 1. - fr. 5, §. 1, D. XXIX, 2.

(3) Vi ha chi pensa differentemente a cagione del fr. 1, pr. D. XXVII, 10. Ma vedi Voet, *Comm. ad Pand.* XXVII, 10, §. 7.

(4) §. 5, J. I, 23. - fr. 11, D. XXVI, 5. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 238.

(5) §. 3, J. I, 21.

(6) Nov. 72, c. 2.

(7) Fr. 10, §. 4; fr. 19; fr. 21, §. 2, D. XXVII, 1. - Cost. 11, C. V, 62.

(8) Fr. 10, §. 7, 8; fr. 12, ibid.

(9) Fr. 15, D. XXVI, 5.

(10) Fr. 17, §. 1, D. XLIX, 1. - §. 7, J. I, 26.

(11) Fr. 17, §. 1, D. XLIX, 1. - fr. 19, D. XXVI, 8. - fr. 9, 13, pr. D. XXVI, 5.

(12) Per esempio: fr. 3, J. I, 1, 21. - fr. 10, §. 8. D. XXVII, 1.

(13) Sull'istoria di questa materia, vedi Hobert, *Digressiones*, III, 17. - Hetzer, *Ad legem Lætoriam* (meglio *Ploetoriam*); in Fellenberg, *Jurisp. antej.*, II, n. 21. - Hœpfner, *De lege Lætoria et cura minorum*. Grissæ, 1778. - C. M. Van Bœlen. *Diss. de lege Lætoria et constitutione D. Marci de cura minorum*. Groeningen. 1828. - Hugo, *Hist. du droit*, p. 394. - Zimmern, t. I, §. 237. - Glück, parte 29. pag. 473; parte 30, pag. 3, e seg.

(14) §. 2, J. I, 23. - fr. 13, §. 2, D. XXVI, 5.

nore riceve un curatore, per proteggere i suoi interessi negli atti giuridici di molta importanza. Come allorchè il minore intenta un'azione (1); o riceve un pagamento dal suo debitore (2); tale è il caso in cui il suo tutore deve render conto della tutela (3). Tranne questi casi, il minore non riceve curatore se non quando lo domanda al magistrato (4); ma allora deve assoggettarvisi fino alla sua maggiorità (5).

§. 634. 1. *Effetti della curatela dei minori.*

Per quanto il minore abbia, sulla propria istanza, ricevuto un curatore per l'amministrazione dei proprj beni, egli conserva nullameno il diritto di, obbligare la sua persona e beni per mezzo di convenzioni, ed altri atti civili, anco senza il consenso del curatore (6). Un atto di tal natura non è giammai nullo di pieno diritto, perchè gli manchi il consenso del curatore; il minore è in diritto, se quest'atto lede i suoi interessi, di chiedere la restituzione in intero (*restitutio in integrum*), a causa della sua minorità; questa restituzione gli è accordata, anche quando il curatore ha prestato il suo consenso (7). Ma se vuol vendere, oppignorare, o ipotecare i suoi beni (8), o porre in essere un atto qualunque per cui il minore abbisogna del curatore, per disposizione di legge, la validità di quest'atto richiede il consenso del curatore. In mancanza di tal consenso, l'atto è nullo di pieno diritto in suo favore, e senza che debba avervi luogo la restituzione; ma se il curatore ha consentito, l'atto obbliga di stretto diritto il minore, ma può, essendo leso, invocare la restituzione in intero (9).

§. 635. 3. *Fine della curatela dei minori.*

La curatela dei minori cessa:

1. Per la morte del minore o del curatore (10).
2. Per qualunque diminuzione di capo del primo, per la massima e media del secondo (11).
3. Per maggiorità o dispensa d'età del minore (*venia ætatis*) (12).
4. Per una scusa che il curatore fa valere e che lo libera dalla curatela.
5. Per sospetto del curatore (13).
6. Pel giungere del tempo o della condizione, o pel compimento dell'affare, se il curatore è stato nominato *ad diem*, o *ad conditionem*, o *ad certam causam* (14).

§. 636. E. *Curatela degl'infermi.*

Le persone *infirmes*, vale a dire

---

(1) §. 2, J. cit. - Cost. 1, C. V, 31. - Cost. 11, C. V, 34.

(2) Fr. 7, §. 2; fr. 27, §. 1, 2; fr. 32, D. IV, 4.

(3) Cost. 7, C. V, 31. - Cpr. fr. 5, §. 5, D. XXVI, 7.

(4) Pr. J. I, 23, confrontato col §. 2, J. ibid. - fr. 13, §. 2, D. XXVI, 5. - fr. 2, §. 4, 5, D. XXVI, 6. - fr. 43, §. 3, D. III, 2. - Cost. 6, C. V, 31.

(5) Fr. 1, §. 3, D. IV, 4.

(6) Fr. 101, D. XLV, 1. - fr. 20, §. 1, D. XXXIV, 3, confrontato col fr. 43, D. XLIV, 7. - fr. 16, pr. D. IV, 4. - fr. 3, §. 2, D. XIV, 6. - fr. 2, §. 1, D. L, 12. - Cost. 12, C. VI, 30. - Vedi soprattutto Hœpfner, *Comm.* §. 737, nota 1.

(7) Fr. 1; fr. 9, pr.; fr. 47, D. IV, 4. - Cost. 3, 4, 5, C. II, 22. - Cod. II, 25.

(8) Cost. 3, C. II, 22. Il curatore alienando gli stabili del minore, o le cose somiglianti agli stabili è soggetto alle stesse disposizioni della legge al pari del tutore che aliena i beni del pupillo; fr. 1, D. XXVII, 9. - Vedi più oltre il §. 601.

(9) Fr. 7, §. 2; fr. 32, D. IV, 4. - Cost. 11, C. V, 34. - Cost. 2, C. II, 25.

(10) Arg. §. 3, J. I, 22.

(11) Arg. §. 1, 4, J. ibid.

(12) Pr. J. I, 23. - Cost. 2, C. II, 45. - Vedi più innanzi il §. 126, nota 8.

(13) Arg. §. 6, J. I, 22.

(14) Arg. §. 2, 5, ibid. - §. 3, J. I, 1, 21. - fr. 10, §. 8, D. XXVII, 1.

quelle che sono affette da perpetua infermità, o che soffrono una malattia di lunga durata, e si rendono in conseguenza incapaci ad amministrare i loro beni, possono ricevere un curatore; frattanto esse debbono in generale farne istanza, e non si accorda loro che fintanto sia necessaria (1).

§. 637. F. *Altre amministrazioni di beni.*

Infine, il diritto romano parla ancora delle amministrazioni dei beni seguenti:

1. La curatela dei beni di un debitore fra i creditori del quale fu aperto il concorso (2).

2. La curatela *ventris et bonorum*, che ha luogo, quando alla morte del marito, la moglie trovasi incinta; questa curatela ha per fine di provvedere ai bisogni personali della moglie e all' amministrazione dei beni che atterranno un giorno al figlio concetto (3).

3. La curatela dei beni *ex edicto carboniano*, che si accorda, allorquando taluno contrasta al figlio impubere del defunto, che trovasi in possesso della successione, il suo diritto, adducendo non essere egli nato dal defunto. Il figlio, in tal caso, non è difeso nel possesso della eredità, se non presta le cauzioni necessarie; il suo tutore continua allora nell'amministrazione; se al contrario non presta cauzioni, l'amministrazione si devolve a un curatore e il processo relativo alla successione è sospeso fino alla pubertà del figlio (4).

4. La curatela d'una eredità giacente *(cura hereditatis jacentis)*, o l'amministrazione d'una eredita, sull'adizione o repudia della quale l'erede non si è per anco dichiarato (5).

5. La curatela dei beni d'un assente (*cura bonorum absentis*), o l' amministrazione dei beni di colui che è disparso senza lasciare altri in sua vece (6).

CAPITOLO TERZO

Dell' amministrazione dei tutori e curatori.

§. 638. I. *Doveri dei tutori e curatori assumendo l'amministrazione.*

Il tutore e curatore hanno il diritto e il dovere di amministrare i beni affidati alle lor cure (7).

Sotto questo rapporto, ogni tutore e curatore, anco la madre che assume la tutela dei figli, è obbligato, nell'atto di intraprendere le sue funzioni, a fare un inventario dei beni del pupillo a menochè quegli da cui

---

(1) §. 4, J. I, 23. - fr. 2, D. XXVII, 10.

(2) Fr. 2, pr. D. XLII, 7.

(3) Fr. 1, §. 17, 24, D. XXXVII, 9. - fr. 20, pr. D. XXVI, 5. - fr. 8, D. XXVII, 10. - fr. 48, D. XXVI, 7.

(4) Dig. XXXVII, 10.

(5) Fr. 3, D. XXVII, 10. - fr. 1, §. 4, in fine, D. L, 4. - fr. 22, 1, D. XLII, 5.

(6) Fr. 1, §. 4, D. L, 4. - fr. 22, §. 1, D. XLII, 5; fr. 15, pr. D. IV, 6. - Cost. 3, C. VIII, 51. - G. F. J. Schorch, *Meditat. in quibus præcipua capita doctrinæ de cura bonorum absentis examinatur*. Lips. e Frcf., 1761. - H. C. Motz, *Selecta capita doctrinæ de cura bonorum absentis*. Marb. 1785.

(7) Dig. XXVI, 7. Cod. Teod. III, 19. - Cod. V. 37, 38, 55. - Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 18-22. - Glück, *Comm.* parte 30. §. 1328-1336.

il minore ha ereditato, sia padre o altra persona qualunque, non abbia espressamente proibito di farlo. Non può però il padre del pupillo far questa proibizione se non quando gli ha lasciati dei beni (1). Il tutore o il curatore che non fa l'inventario deve non solo rispondere di tutti i danni risultanti da tale omissione, ma può ancora, a tenore delle circostanze venire allontanato come sospetto (2).

§. 639. II. *Durante l'amministrazione.*

Il tutore e il curatore amministrando i beni del pupillo, son tenuti:

1. Di usare tutte le cure per la loro conservazione, aumento e utilità (3). Relativamente a ciò, sono tenuti di prestare per l'amministrazione di questi beni, le cure medesime che presterebbero ai proprj; sono dunque responsabili di tutti i danni emergenti dall'omissione di un tal dovere (4); ma non sono passibili delle colpe dei predecessori, nè del danno fortuito (5).

2. I beni del pupillo debbono, in quanto è possibile, far fronte a tutte le spese, specialmente a quelle d'educazione e debiti (6); non debbono spendersi in donativi che non siano assolutamente necessarj, ove ciò non sia per alimentare i fratelli e sorelle indigenti del pupillo (7).

3. Riguardo all'alienazione dei beni del pupillo (8), debbono osservarsi le seguenti formalità:

a) Autorizzazione, ed obbligo di alienare quelle cose sole che non possono conservarsi sotto pena di risarcire il danno che potrebbe venirne (9).

b) Gl' immobili, al contrario, e i mobili, che si conservano, non possono, per regola, nè alienarsi nè oppignorarsi, tranne la necessità assoluta di pagare debiti urgenti (10), e con autorizzazione giudiciale e preventiva inquisizione (11); si eccettuano però i casi seguenti: quando

(1) Cost. ult. §. 1, C. V, 51, confrontato con la Cost. 22, C. V, 37. - Nov. 117, c. 1.

(2) Fr. 1, §. 1; fr. 7, pr. D. XXVI, 7. - Cost. 24, C. V, 37.

(3) Fr. 5, pr.; fr. 7, §. 3; fr. 13, §. 1; fr. 15; fr. 32, §. 1, 2; fr. 46, §. 7, D. XXVI. 7. - Cost. 22, 24, C. V, 37. Cod. V, 56. - Nov. 72, c. 6-8. - Può il tutore locare o affittare i beni del pupillo al di là della durata della tutela? Qual è la responsabilità del tutore rispetto ai crediti spettanti ai beni del pupillo? Qual è l' obbligo dei tutori di mettere a frutto i capitali del minore? Il tutore non può impiegare segretamente i capitali del pupillo a suo utile personale: egli dovrebbe pagare l' interesse il più forzato; fr. 7. §. 4-13; fr. 54, D. XXVI. 7. - fr. 38, D. III, 5. - Ma egli è permesso prendere a cambio delle somme spettanti al pupillo pagandone un frutto; fr. 9, §. 7, D. XXVI, 7. - Quando il tutore entrando in funzione ha già trovati dei capitali prestati, e se non ha trascurato alcun mezzo per realizzarli egli non è responsabile che della colpa grave; fr. 15, 35, 39, §. 14, D. XXVI, 7. - Cost. 2, C. V, 51.

(4) Fr. 1, pr. D. XXVII, 3. - Cpr. fr. 10; fr. 33, pr. D. XXVI, 7. - Cost. 7. C. V. 51. - Loehr, *Theorie de la faute*, p. 168. - Hasse *de la faute en droit romain*, §. 71-75, e nell' Appendice, p. 601. - Nel caso che molti tutori amministrino, vedi fr. 3; fr. 4; fr. 55. pr. D. XXVI, 7. - Cost. 2, C. V, 52.

(5) Cost. 4, C. V, 38. - Cpr. citato fr. 37, §. 1, D. III, 5. - fr. 35, D. XII, 1. - fr. 4, D. XXVII, 8.

(6) Fr. 9, §. 5; fr. 13, §. 2, D. XXVI, 7. - Cost. 1, 2, C. V, 50.

(7) Fr. 22; fr. 46, §. 7; fr. 12, §. 3, D. XXVI. 7. - fr. 12, §. 3; fr. 13, §. 2, D. ibid. - fr. 1, §. 4, 5, D. XXVII, 3.

(8) Dig. XXVII, 9. - Cod. V, 71-74. - Haubold, *Hist. juris civilis romani de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis*. Lips. 1798. - Glück, *Comm.* parte 23. §. 1381; parte 33. §. 1382-1389. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, . 246.

(9) Cost. 22, in fine, C. V, 37. - Cpr. Cost. 28, §. 5, C. ibid. - Cost. 4, C. V. 72. - fr. 7, §. 1, D. XXVI, 7.

(10) Fr. 5, §. 14, D. XXVII, 9. - Cost. 12, C. V; 71.

(11) Cost. 22, C. V, 37. - Cost. 15, C. V, 71.

il padre del pupillo ha permessa l'alienazione d'una cosa nel testamento; quando il principe l'ha autorizzata con un rescritto (1); quando un terzo è in diritto di esigerla (2); quando il tutore dà una cosa di già oppignorata, in pegno a chi somministra dei fondi per dimettere il primo creditore pignoratario; ma le condizioni di questo pegno non possono essere più onerose di quelle del primo (3); quando vende la cosa oppignorata al pupillo (4); quando fa dei pagamenti, imprestiti o acquisti (5); finalmente, quando deve prestare pel pupillo cauzione giudiciale (6). Ogni altra alienazione fatta senza autorizzazione giudiciale è nulla (7), e può venire attaccata dal minore; il quale deve provare il vizio della forma (8); egli non è allora obbligato di fronte al terzo acquirente che fino a concorrenza del lucro che gli è pervenuto (9). La nullità derivante dalla mancanza di un decreto giudiciale cessa, quando il minore giunto alla maggiorità ratifica l'alienazione, o quando, nel caso in cui sia onerosa, non leva contro nello spazio di cinque anni; perchè nè il minore, nè il suo curatore possono far donazioni anche coll'autorizzazione del giudice; quegli dunque a cui son fatte, ha bisogno, per poter possedere le cose come proprietà irrevocabile, della prescrizione ordinaria, la quale non comincia che dal momento in cui il minore è giunto alla maggiorità (10).

§. 640. III. *Terminando l'amministrazione.*

Al terminare della tutela o della curatela, il tutore e il curatore sono in obbligo di render conto dell'amministrazione (11). Nè il padre del pupillo, nè il principe possono dispensarli da tale obbligazione; il pupillo solo, uscito dalla tutela o curatela, lo può (12). Un curatore deve assistere il pupillo mentre riceve il rendiconto della tutela (13). L'inventario deve regolare un tal rendimento; bisogna esattamente specificare l'entrate e le spese di cui le poste importanti debbono essere giustificate e quietanzate. Terminato il rendiconto, il tutore o curatore, deve restituire ciò che rimane del pupillo, cogl'interessi dal dì del rendimento. Il pupillo, il minore e il pazzo hanno un'ipoteca legale su tutti i beni del tutore in garanzia della fedele amministrazione della tutela o curatela, restituzione di beni e indennità da prestarsi dal tutore o curatore; i prodighi, gl'infermi e gli assenti non godono di questo diritto (14). Deve anco notarsi esser proibito al tutore, sotto pena di falso, di porre in essere con-

---

(1) Fr. 1, §. 2, 3, fr. 14, D. XXVII, 9. - Cost. 2, 3, C. V, 72.

(2) Fr. 1, §. 2; fr. 5, §. 6, D. XXVII, 9. - Cost. 2, 15, 17, C. V, 71. - Cost. 1, C. V, 72.

(3) Fr. 7, §. 5, 6, D. XXVII, 9.

(4) Fr. 5. §. 3, D. ibid.

(5) Cost. 23, 24, C. V, 37.

(6) Cost. ult. §. 3, C. ibid.

(7) Cost. 14, 15, 16, C. ibid. - fr. 5, §. 15, D. XXVII, 9. - Cod. V, 73.

(8) Fr. 1, §. 2; fr. 5, §. 15, D. ibid.- Cost. 2, C. V, 73. - Arg. fr. 5, §. 1, D. XXII, 3. - Il fr. 13, §. 2, D. VI, 2, non è contrario.

(9) Cost. 10, 16, C. V, 71. - Cost. 16, C. V, 37. - fr. 10, D. XXVII, 9.

(10) Cost. 2, 3, C. V, 74. - Gli autori spiegano la Cost. 3 citata, in diverse maniere. V. L. W. de Weyhe. *Comm. de temporis præscriptione ex alienatione rerum quæ minorum sunt.* Gœtt. 1810. - Unterholzner, *De la præscription*, t. II, p. 43.

(11) D. XXVII, 3. - In diritto romano il tutore ed il curatore non devono render conto che a tutela e curatela cessata. Fr. 4, pr. D. ibid. Cost. 14, C. V, 37.

(12) Fr. 9; fr. 20, §. 1; fr. 28, §. 4; fr. 34, §. 2, D. XXXIV, 3.

(13) §. 2, J. I, 23. - fr. 9, §. 4, D. XXVII, 3. - Vedi più avanti il paragrafo 595.

(14) Cost. 20, D. V, 37. - Cost. un. §. 1, C. V, 13. - Cost. 7, §. 5, C. V, 70. - Nov. 118, c. 5, in fine.

tratti col fisco, prima d'aver reso conto (1).

§. 641. IV. *Azioni risultanti dall'amministrazione.*

L'amministrazione d'una tutela produce fra pupillo e tutore:

1. Una obbligazione *quasi ex contractu.* La legge accorda a tal effetto al pupillo l'azione diretta della tutela (*actio tutelæ directa*), colla quale perseguita il tutore in esecuzione delle sue obbligazioni, in specie relativamente all'amministrazione dei beni; il tutore per parte sua ha l'azione della tutela contraria (*actio tutelæ contraria*), per chiedere la restituzione di ciò che del suo ha speso in pro del pupillo, durante l'amministrazione (2). Per analogia, la prima di queste due azioni si accorda utilmente (*utiliter*) contro il curatore, mentre questi può del pari intentar la seconda contro la persona di cui ha amministrato i beni (3). Il pupillo ha contro il protutore l'azione *protutelæ directa*, e questi del pari ha contro il pupillo l'azione *protutelæ contraria* (4).

3. Il tutore o il curatore che ha sottratto alcuna cosa dei beni del pupillo può esser perseguitato coll'azione *de distrahendis rationibus*, la quale è un'azione penale, e mira alla restituzione del doppio di ciò che è stato sottratto (5).

---

(1) Fr. 1, §. 9-12, D. XLVIII, 10. - fr. 49, D. XIX, 2. - Cost. un. C. V, 41.

(2) §. 2, J. III, 27, (28). - Dig. XXVII, 3, e 4. - Cod. V, 51-54. - Glück, *Comm.* parte 32. p. 174, e seg.

(3) Fr. 1, §. 2, D. XXVII, 4. - fr. 16, §. 1, D. XXVII, §. 3. - Cost. 3, C. V.

(4) Dig. XXVII, 5. - Il protutore che amministra i beni del pupillo ha generalmente gli stessi diritti e doveri del vero tutore. Al pari di quello egli dunque è responsabile del dolo, della colpa, e della *diligentia quam in suis rebus.* Se egli agisce *animo tutoris*; perchè altrimenti egli non si deve riguardare come *negotiorum gestor*, ed è responsabile come tale di tutte le cure, fr. 1, §. 1, 6; fr. 4, D. XXVII, 5.

(5) Fr. 1, §. 19-24; fr. 2, D. XXVII, 3. - Paul, II, 30.

LIBRO QUARTO

Diritti di successione (1).

SEZIONE PRIMA

Nozioni preliminari generali (2).

§. 642. I. *Successione in generale.*

Si spende generalmente la parola *successione*, tutte le volte che una persona entra in luogo e vece, nonchè nei diritti di un' altra. Relativamente ai beni, la successione si divide in *successione tra' vivi* (*successio inter vivos*) e in *successione a causa di morte* (*successio mortis causa*), secondochè si succede nei diritti e beni d' una persona viva o morta. L' una e l' altra dividonsi in successione *universale* (*successio per universitatem; successio universalis*), e in successione a *titolo singolare* (*successio in singulam rem; successio singularis*); nella prima, si succede in tutti i beni del defunto, riguardati come universalità di cose (*in universum jus*), vale a dire tanto nei suoi diritti, che nelle sue obbligazioni; nella seconda, al contrario, non si succede che nei diritti particolari (3). Noi non parleremo in questo libro che della successione a causa di morte universale e a titolo singolare (*successio* mortis causa *universalis et singularis*), vale a dire dell'*eredità* e dei *legati*.

§. 643. *Nozione dell'eredità.*

La morte d'una persona estingue in essa tutti i diritti di famiglia, ma relativamente ai diritti su i beni, passano generalmente in altre persone.

1. Il patrimonio d' un defunto riguardato come un tutto giuridico, come una universalità, dicesi sua *eredità*, *hereditas*, in senso obiettivo, o *patri–*

(1) Sopra l' insieme del diritto di successione, Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. VI, VII, VIII, IX, c. 1-4. - L. G. Madihn, *Principia juris romani de successionibus seu de jure hæreditario.* Francf. ad Viad. 1787; ed. rep. præl. 1792. - C. F. Dalwigk, *Versuch einer philos. jurist. Darstellung des Erbrechts*, ossia *Saggio d' una esposizione filosofica del diritto di successione*, parte 1. e 2. Wiesbaden, 1824. - E. Gans, *Das nach ræmische Erbrecht in seiner Stellung zum vorund nach ræmischem Rechte*, ossia: *Il diritto di successione romano comparato al diritto anteriore e posteriore ai romani*, t. I, Berlino, 1824; t. II, Berlino, 1825; t. III, Stuttg. e Tübing. 1829.

(2) C. F. Rosshirt, *Einleitung in dos Erbrechts, und Dartellung des ganzen Intestat-Erbrechts, besonders nach ræmischen Quellen*, ossia: *Introduzione al diritto di successione ab intestato, specialmente in ordine alle fonti del diritto romano.* Landshut, 1831, §. 1-10.

(3) Gajo, III, 78-84. - Ist. III, 10 (11), 12 (13), danno degli esempi di una successione tra i vivi per totalità.

monium defuncti, bona defuncti, universum jus defuncti (1); dicesi ancora *familia* (2). La eredità si compone adunque non solo dei diritti su i crediti che appartengono al defunto, ma anco su i debiti (3), ad eccezione dei diritti e dei debiti che per la sua morte si estinguono (4).

2. Il diritto del superstite su i beni del defunto si dice *diritto di successione*, *hereditas*, in senso subiettivo; quegli al quale questo diritto appartiene, s'appella *erede*, *heres*, e tostochè subentra in luogo e vece dei diritti del defunto, si dice che gli *succede* (*succedit in universum jus defuncti*), lochè si chiama pure *hereditas* (5). L'idea di successione e di diritto di successione suppone adunque che alcuno sia morto *(hereditas viventis non datur)* (6).

§. 644. III. *Dell'erede o successore universale.*

L'*erede (heres* o *successor universalis mortis causa*) è quegli che entra attivamente e passivamente in tutti i beni del defunto *qui succedit in universum jus*, *quod defunctus habuit*. Egli succede adunque non solo nei diritti e crediti, ma anche negli oneri del defunto, con cui non deve considerarsi, relativamente ai beni, che come una sola e identica persona, la quale è da lui rappresentata in tutti i suoi diritti e doveri (7). Poco importa che una o più persone succedano al defunto; perchè anche nel secondo caso, ciascuna diviene erede della universalità dei beni, di *tutti* i diritti ed oneri, comunque ciascuna non abbia diritto, che alla parte alla quale è chiamata (*pro rata)*. Se l'erede è uno solo, dicesi *heres pro asse*, o *heres solus;* se, al contrario, son più, ciascuno si dice, relativamente all'eredità, *heres ex parte*, e relativamente agli altri che ereditano con lui. *coheres*, *coerede*. L'erede quindi è o erede *diretto* (*heres directus*) quando al momento della morte del defunto è messo in suo luogo, o erede *fidecommissario (heres fideicommissarius*), quando in tutto o in parte gli è immediatamente trasferita l'eredità dall'erede diretto, che dicesi allora erede *fiduciario* (8).

§. 645. IV. *Del successore singolare.*

Il successore singolare è per regola colui che succede nei diritti attivi singoli del defunto, poco interessando ch'egli non succeda che in un solo diritto, o in più, o in tutti (9); vi è dunque differenza fra lui e l'erede; infatti, non esiste unità di persona fra il successore singolare e il defunto come nel caso dell'erede; il successore singolare non è dunque in obbligo di pagare i debiti del defunto, anche quando gli è stata legata una cosa ipotecata per debiti del defunto. Egli deve, però, sottostare al diritto d'ipoteca da cui la cosa è affetta, co-

---

(1) Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 2.

(2) Per esempio i titoli *ein Digeste*, e al Codice intitolato *familiæ erciscundæ*. - Lex XII Tabularum « Agnatus proximus *familiam* habeto ». - Ulpiano, XXVI, 1.

(3) Fr. 3, pr. §. 1, D. XXXVII, 1. - fr. 119, 208, D. L, 16. - fr. 50, pr. D. V, 3.

(4) Fr. 1, §. 43, D. XLIII, 20. - Cost. 14, C. III, 33.

(5) Fr. 62, D. L, 17. - fr. 24, D. L, 16: « Nihil aliud est hereditas quam successio in universum jus, quod defunctus habuit ». Si prende spesso la parola *successio* nel senso obiettivo per eredità: come il fr. 19, D. V, 2. - Cost. 10, C. III, 36. - Cost. 2, C. VI, 15. - Cost. 3, C. VI, 58. - Cost. 9, C. VI, 59.

(6) Fr. 1, D. XVIII, 4. - fr. 19, XXIX, 2.

(7) Fr. 37, D. XXIX, 2. « Hæres in omne jus mortui non tantum singularum rerum dominium succedit » fr. 24, 208, D. L, 16. - fr. 11, D. XLIV, 3. - Cpr. fr. 34, D. XLI, 1. - fr. 31, §. 1, D. XXVIII, 5. - fr. 13, §. 5, D. XLIII, 24. - fr. 1, pr. D. I, 8.

(8) §. 2, J. II, 23. - Cpr. più in là i §§. 726, 730, 732.

(9) La donazione di tutti i beni, fatta per causa di morte, o fra i vivi, non produce mai che una successione con titolo particolare, vedi più sopra il §. 431.

me un aggravio (*onus rei*), e gli si può insorger contro coll'azione ipotecaria, come a qualunque possessore della cosa ipotecata (1). Ma non diviene egli personalmente debitore del creditore come l'erede. Ai successori singolari a causa di morte appartengono in particolare: il *legatario*, *legatarius*, il *fidecommissario a titolo singolare*, *fideicommissarius singularis*, e il *donatario a causa di morte*, *mortis causa donatarius*.

§. 646. V. *Della capacità a succedere.*

Tanto l'erede, quanto il successore singolare, deve esser *capace* a succedere. Il diritto romano dichiara incapaci a succedere, sia per disposizione d'ultima volontà, sia per successione ab intestato:

1. Gli eretici e gli apostati (2).
2. I rei d'alto tradimento, lor figli e figlie; le figlie però possono ottener dalla madre la legittima (3).
3. I condannati a morte (4).
4. Le corporazioni illecite o non autorizzate dallo Stato (5).
5. Tutte le femmine *turpes et probrosæ* (6).
6. La vedova che si rimarita nell'anno del lutto, non può succedere nè per disposizione di ultima volontà, nè ab intestato ai suoi parenti fino al 3.° grado soltanto (7). Noi indicheremo particolarmente più sotto le persone incapaci d'acquistare, sia ab intestato, sia per testamento.

§. 647. VI. *Della delazione e acquisto dell'eredità.*

Bisogna distinguere, in materia d'eredità, la *delazione* e l'*acquisto reale*.

1. La delazione dell'eredità ha luogo (*hereditas delata est*) quando per un motivo qualunque, essa viene offerta a chi può acquistarla (8).

2. L'acquisto di lei al contrario (*hereditas acquisita est*) nel fatto per cui quegli al quale è deferita, l'acquista realmente e diviene per ciò erede. L'acquisto d'una eredità suppone dunque sempre che sia stata deferita, e la delazione, che l'erede sia sopravvissuto al defunto (9).

§. 648. VII. *Cause di delazione.*
A. *Generalità.*

La delazione d'una eredità si basa, per diritto romano, o sopra un *testamento* del defunto, o sulle *disposizioni della legge* in mancanza di testamento. Vi sono dunque due specie di ordine di successione; l'ordine *testamentario* (*successic testamentaria*) e l'ordine *legale* o *ab intestato* (*successio ab intestato s. legitima*) (10). Ma il diritto romano non ammette la convenzione conclusa come fondamento di successione universale (11).

---

(1) Cost. 2, 7, C. IV, 16. - fr. 16, §. 3; fr. 17, D. XX, 1. - Cpr. fr. 34, §. 2, D. XXXII.
(2) Cost. 4, 5, C. I, 5. - Cost. 3, C. I, 7.
(3) Cost. 5, §. 1, 3, C. IX, 8.
(4) Fr. 13, D. XXXVII, 1.
(5) Cost. 8, C. VI, 24. - Vedi i §§. 143, 145, 651.
(6) Fr. 41, §. 1, D. XXIX, 1. - fr. 2, §. 2; fr. 13; fr. 14, D. XXXIV, 9. - Cost. 5, C. VI, 21.
(7) Cost. 1, C. V, 9. - Cpr. §. 537.
(8) Fr. 151, D. L, 16. « Delata hæreditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi ».
(9) Fr. 19, D. XXIX, 2.
(10) §. 6, in fine, J. II, 9. - fr. 39, D, XXIX, 2.
(11) Cost. 30, C. II, 3. - Cost. 5, C. V, 14. - Cost. 4, C. VIII, 39. - Cpr. fr. 29, §. 2, D. XXXIX, 5. - fr. 61, D. XLV, 1. - Cost. 19, C. II, 3. - J. Fr. Malblanc, *Diss. improbati pacti hæreditarii ex jure romano*. Tüb. 1798. - Fr. Bouterweck, *De fundamento successionis tam allodialis quam feudalis et ratione differentiæ inter successionem germanicam et romanam*. Gœtt. 1786. - J. Linde, *Diss. de successione germanica, imprimis pactitia*. Bonnæ, 1820, p. 7.

§. 649. B. *Del rapporto esistente fra la successione testamentaria e ab intestato.*

Le due specie di successione di cui abbiamo parlato, hanno tra loro il rapporto seguente:

1. L'ordine di successione testamentaria si preferisce alla successione ab intestato finchè è possibile (1).

2. Per diritto romano, i due ordini sono incompatibili nella successione medesima, vale a dire che non possono esistere ad un tempo. Da questo principio deriva la regola del romano diritto, tanto rimarcabile quanto feconda di conseguenze: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (2): tal regola non è applicabile alle successioni dei militari (3), ed incontra assai eccezioni in quelle degli abitanti di campagna *(pagani)* (4).

§. 650. VIII. Hereditas *et* bonorum possessio. A. *Nozione e differenze fra loro.*

L'ordine delle successioni testamentarie e ab intestato si basava, presso i romani, o sul diritto civile, o sull'Editto del pretore. Nel primo caso dicevasi *hereditas* e il chiamato, *erede, heres*; nel secondo, dicevasi *bonorum possessio*, e il chiamato, *bonorum possessor* (5). Ciò che diede principio a questa *bon. poss.* fu che il pretore, con un suo Editto, ammesse a poco a poco al diritto di successione, in qualità d' eredi, persone che non vi avevan diritto. Fece uso a tal effetto della forma d' immissione nei beni *(missio in bona)*; quindi l'espressione *bonorum possessionem dabo.* Accordava nel tempo istesso a quegli cui prometteva la *bon. poss.*, l'interdetto *quorum bonorum*, contro il possessore della eredità e dei beni che vi appartenevano. Tale interdetto mirava a fargli restituire (6). Per acquistare questa *bon. poss.* necessitava che quegli cui era offerta dall'Editto, la dimandasse al pretore. Il *bonor. possessor* non diveniva precisamente erede, ma riguardavasi e trattavasi come tale, e la legge gli accordava tutti i diritti ed imponevagli tutti i doveri di erede *(est heredis loco)* (7). Quando questo diritto di successione pretorio si fu a poco a poco esteso e perfezionato, il pretore stabilì per ultimo, con suo Editto, un sistema completo di successione testamentaria

---

(1) Fr. 39, D. XXIX, 2. « Quamdiu potest ex testamento adiri hæreditas, ab intestato non defertur ». - Cost. 8, C. VI, 59.

(2) Fr. 7, D. L, 17. « Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est ». - §. 5, J. II, 14. - Cicerone, *De inventione*, II, 21. - Sulle conseguenze ed effetti di questa regola; fr. 1, §. 4; fr. 9, §. 13; fr. 74, D. XXVIII, 5. - fr. 41, §. 58, in fine, D. XXVIII, 6. - §. 9, J. II, 14. - fr. 34, D. XXVIII, 5. - Cost. 20, C. VI, 30.

(3) Pr. 6, D. XXIX, 1: - « Miles enim pro parte testatus decedere potest, pro parte intestatus ». - §. 5, J. II, 14. - fr. 15, §. 4; fr. 17, pr., fr. 37, D. XXIX, 1. - Cost. 1, 2, C. VI, 21.

(4) Nella rescissione parziale d' un testamento inofficioso; fr. 15, §. 2; fr. 24, D. V, 2. - Vedi su questo proposito il §. 665.

(5) Gajo, III, 25-38. - Ulp. XXVIII. - Ist. III, 9, (10). D. XXXVII, XXXVIII. Cod. VI, 11-13. - Teofilo, *Sulle Istituzioni* III, 9. - Doneau, *Comm. jur. civ.* 14. - Heineccio, *Antiq. rom.* III, 10. - Hugo, *Diss. de bonor. possess.* Halæ, 1788. - Koch, *Bonorum possessio*, Giessen, 1799. - Glück, *De la suc. ab intest.* ediz. seconda, §. 86-107. - Hugo, *Hist. du droit*, p. 550, e seg.; 578, e seg.; 940, 1127.

(6) Gajo, III, 34; IV, 144. - §. 3, J. IV, 15. - D. XLIII, 2. - Cod. VIII, 2.

(7) Gajo, III, 32; IV, 34. - §. 2, J. III, 9 (10). - Cpr. fr. 2, D. XXXVII, 1. - fr. 138, D. L, 16. - fr. 117; fr. 125, §. 1, D. L, 17. - E. Gmelin, *De convenientiis et differentiis inter hæreditatem et bonorum possessionem.* Gœtt. 1808.

e ab intestato. Un tal sistema s'applicò a tutte le persone che dovevano profittare del benefizio della *bon. poss.* tanto agli *heredes*, cioè agli *eredi* civili, quanto a coloro che non erano rivestiti di questa qualità, ed ai quali accordava la *bon. poss.*, se volevano chiederla. Determinò ad un tempo, e prescrisse lo spazio nel quale doveva chiedersi, sotto pena di decadervi (1).

§. 651. B. *Diverse specie di* bonorum possessio.

L' espressione *bonorum possessio*, relativamente ai beni lasciati dal defunto, comprende nel generale significato due specie di casi essenzialmente distinti. Nell' uno, s' acquista, sotto il nome di *bonorum possessio*, un vero diritto di successione (ma soltanto pretorio), che potrebbe dirsi la *bonor. poss.* nel suo vero significato; nell' altro, il diritto di successione è incerto e non si acquista, per l'immissione del pretore, che il possesso provvisorio e il diritto di detrarre dai beni gli alimenti (*missio in possessionem bonorum defuncti*) (2). Noi non parleremo qui che della *bon. poss.* nel vero significato. Si divide essa:

1. In *edictalis* e in *decretalis*. È edittale quando vien deferita ad alcuno secondo le parole dell' Editto, e quando può semplicemente chiedersi per l' Editto, senza bisogno nè d'inquisizione (*causæ cognizio*) nè di decreto. È, al contrario, decretale quando qualcuno non chiamato per le parole dell' Editto, crede nullameno poterla chiedere interpretandone lo spirito; ma allora si richiede sempre la inquisizione e il decreto particolare del pretore che la conferisce (3). La *bon. poss.* edittale è la regola, la decretale è l' eccezione.

2. Relativamente agli eredi civili, essa è sempre *utilis*, vale a dire che l'*heres* non ne ha bisogno per divenire erede; ma quando la domanda, egli ne acquista i benefizj, in specie l'interdetto *quorum bonorum* (4). Per lo contrario, relativamente ai non chiamati dall'Editto del pretore, essa è *necessaria*, cioè a dire che senza di lei non possono essi succedere.

3. Finalmente, la *bon. poss.* dividesi ancora in *bon. poss. cum re s. cum effectu* e in *bon. poss. sine re s. sine effectu*: la prima è quella in cui l' erede pretorio, che l'ha chiesta, conserva la successione; la seconda ha luogo allorquando questa successione gli è nuovamente tolta da un erede civile più prossimo (5).

§. 652. C. *Dell'ordine della successione nella* bonorum possessio.

La *bon. poss.* veniva deferita coll'ordine seguente (6):

1. In primo luogo veniva la *bon. poss. contra tabulas s. contra nuncupationem* in favore degli eredi *suoi* (*sui*) e degli emancipati, che sarebbero stati *sui* senza l' emancipazione, omessi nel testamento paterno (7).

2. Se non erano omessi nè eredi suoi nè emancipati, la *bon. poss.* si deferiva *secundum* (*juxta*, *adversus*) *tabulas s. nuncupationem*, a tenore di un testamento valido non solo per

---

(1) §. 4-7, J. III, 9 (10). - Dig. XXXVIII, 25.

(2) Parleremo più oltre §. 684, in fine, e 693, di queste immissioni in possesso dei beni di un defunto.

(3) Come il fr. 6, D. XXXVIII, 6. - fr. 4, D. XXXVII, 8. - fr. 1, §. 7, D. XXXVIII, 9.

(4) Fr. 2, §. 21, D. XXXVIII, 17. - Cost. 13, C. VI, 30. - *Coll. legg. Mos. Rom.* XVI, §. 3.

(5) Gajo, II, 148, 149; III, 35-37. - Ulpiano, XXVIII, 13.

(6) Ulpiano, XXVIII, 1. - fr. 6, §. 1, D. XXXVII, 1.

(7) §. 3, J. III, 9, (10). - Dig. XXXVII, 4. - Cod. VI, 12.

diritto civile, ma anche per diritto pretorio (1).

3. Infine, se non vi era testamento, la *bon. poss.* deferivasi ab intestato; per diritto nuovo, si accordò primieramente ai figli (*liberis*), in seguito agli eredi legittimi (*legitimi*), dopo essi, ai cognati, e finalmente *ex edicto unde vir ex uxor*, al consorte superstite (2). Qualunqae *bon. poss.* chiesta in quest'ordine dell'Editto perpetuo, dicevasi *ordinaria* (*ordinaria*); ogni altra non attenente a una classe determinata, dicevasi *straordinaria*, *extraordinaria*; tali erano in specie i casi della *bon. poss. decretalis* (3).

(1) §. 3, J. cit. - Dig. XXXVII, 11. - Cod. VI, 11.

(2) §. 3, J. cit. - Ist. III, 5, 6. - Dig. XXXVIII, 6, 12. - Cod. VI, 14, 15, 18.

(3) Fr. 5, §. 3, D. XXXVII, 5. - fr. 3, §. 14-16, D. XXXVII, 10.

SEZIONE SECONDA

Della delazione della successione.

CAPITOLO PRIMO

Ordine della successione ab intestato (1).

TITOLO PRIMO

Principj generali del diritto giustinianeo.

§. 653. I. *Quando la successione si deferisce ab intestato.*

L'ordine di successione ab intestato generalmente non s'apre, che nel caso in cui non vi sia erede testamentario, o quando manchi pur la speranza ch'egli sia per esservi (2). Quindi:

1. Quando il defunto non ha fatto testamento.
2. Quando il testamento è nullo da principio.
3. Quando il testamento, per quanto valido in principio, diviene invalido in appresso, e il pretore non poteva neppur deferire la *bon. poss. secundum tabulas* (3).
4. Nel primo e secondo caso, l'ordine di successione ab intestato si apre al momento della morte del defunto; nel terzo caso, al contrario, bisogna distinguere se il testamento diviene invalido innanzi o dopo la morte del defunto. Se innanzi la morte, l'ordine di successione intestata s'apre al momento della morte; se dopo, la successione non s'apre che al mo-

(1) Fonti dell'antico diritto: Gajo, III, 1-31. - Epit. Gajo, II, 8. - Ulpiano, XXVI, e Paul., IV, 8-10. - *Coll. legg. Mos. et Rom.* XVI. - Cod. Teod. V, 1. - Ist. III, 1-6. - D. XXXVIII, 16, 17. - Cod. VI, 55-59. - Quanto al diritto nuovo particolarmente Nov. 118. - Nov. 127, pr. e c. 1.

Bibliografia: Doneau, *Comm. jur. civ.* XI, 1-4. - V. Foster, *De hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur*. Colon. 1594. Arnoldo Rotger. *Apodicticæ demonstrationes*, vol. I, lib. 1, *De successione legittima secus. Nov.* 118. Lugd. Bat. 1727. - J. Ranchin. *Tract. de successione ab intestato:* in Meermann. *Thes.* t. III, p. 191. - S. Stryck, *Tract. de succ. ab int.* Francf. ad V. 1669: ed. noviss. ibid. 1733. - Q. G. Schacher, *Spec. hist. jur. civ. vicissitudines successionis ab intestato apud romanos exponens.* Lips. 1762. - G. Ch. Kock, *Successio ab intestato civilis in suas classes nova methodo redacta.* Jena, 1757, ed. noviss. Giessæ, 1798. - G. Hugo, *Comm. de fundamento successionis ab intestato ex jure romano antiquo et novo.* Gœtt., 1785. - C. F. Rosshirt, *Introduction au droit de succession, etc.* Landshut, 1821.

(2) Pr. J. III, 1. - fr. 39, D. XXIX, 2. - Cost. 8, C. VI, 59.

(3) Cpr. i §§. 674, 677.

mento in cui è certo che niun erede testamentario è chiamato a succedere (1).

§. 651. *Del diritto a succedere.* A. *Della sua causa.*

La capacità a succedere ab intestato o il diritto *in abstracto* a succedere ab intestato, supponendo la esistenza della capacità generale a succedere, si basa, per diritto romano giustinianeo (2):

A. Principalmente nella parentela di sangue col defunto, senza far distinzione fra cognazione e agnazione (3). Ma in generale, la parentela deve esser legittima. Quanto ai figli illegittimi:

1. Gl'*incestuosi* sono incapaci a succedere al padre e parenti paterni, alla madre e parenti materni, i quali pure, non succedono a questi figli incestuosi (4).

2. Gli *adulterini* e i *bastardi* (*adulterini spurii et vulgo quæsiti*) succedono, come i figli legittimi, alla madre loro e parenti di lei, la quale e i quali succedon loro del pari (5).

3. I figli *naturales* si ammettono egualmente alla successione della lor madre e parenti di lei, come i figli legittimi, e a questi succedono reciprocamente madre e parenti; ma non divengono per regola eredi del padre loro e dei parenti di lui, se non quando manca moglie e figli legittimi; la legge accorda loro in tal caso la sesta parte della successione da dividersi colla lor madre (6).

4. I figli illegittimi legittimati in appresso, sono alla pari dei legittimi (7).

5. I nati da matrimonio putativo, succedono al padre e madre e parenti loro come i legittimi; ma quegli solo tra' parenti del padre e della madre che era in buona fede, è ammesso alla successione dei figli.

6. Infine, è da osservarsi che in tutta la linea della parentela naturale non può esister persona capace a succedere tra il defunto e l'erede.

B. L'adozione è base egualmente alla successione ab intestato; ciò avviene nel modo che appresso:

1. Gli *arrogati e i dati in adozione al loro ascendente naturale* succedono al padre loro adottivo e agli agnati di lui, e reciprocamente questi a quelli succedono (8); ma non si ammettono alla successione della moglie del padre adottivo nè a quella dei parenti di lei (9).

2. I figli dati in adozione ad altra persona (*extraneo*) son capaci a succedere al padre loro adottivo, ma questi non succede loro più di quello ch'essi non sono ammessi alla eredità degli agnati di lui (10).

3. I figli adottati da una donna, ereditano dalla madre loro adottiva, ma non dai parenti di lei (11). La madre adottiva non succede loro, perchè non esiste fra loro parentela nè civile nè naturale. Quindi, la capacità a succedere, basata nell'adozione, presuppone che il legame dell'adozione sia esistito fino alla morte del defunto (12); e così è da in-

---

(1) §. 6, J. III, 2. - fr. 2, §. 5, D. XXXVIII, 16.

(2) Nov. 118. - Nov. 127, pr. c. 1.

(3) Nov. 118, c. 4. - L'alleanza non dà alcun diritto alla successione. Cost. 7, C. V, 59.

(4) Cost. 6, C. V, 5. - Nov. 74, c. 6. - Nov. 89, c. 15. - Heisse, *De successoribus necessariis.* Gœtt. 1802, p. 61.

(5) §. 4, J. III, 5. - §. 3, J. III, 4. - Cost. 5, C. VI, 57.

(6) Nov. 118, c. 5. - Nov. 89, c. 12, §. 4, 6.

(7) Cost. 10, C. V, 27. - Nov. 89, c. 8; c. 9, §. 1. - Nov. 74, c. 2. - Madihn, *De legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis.* Halæ, 1755. - G. P. Kohl, *De successione ab intestato per rescr. legitimatorum exstantibus liberis legitime natis.* Gœtt, 1800.

(8) §. 2, J. I, 11. - Cost. 10, pr. §. 5, C. VIII, 48. - §. 2, 14, J. III, 1.

(9) Fr. 23, D. I, 7.

(10) Cost. 10, §. 1, C. VIII, 48.

(11) Cost. 5, C. ibid.

(12) §. 11, J. III. 1.

tendersi la Novella 118, cioè, che i figli adottati di qualunque specie lasciano la eredità ai loro genitori naturali, ai quali essi egualmente succedono (1). Ciò che è certo si è che l'adottato da un estraneo (*ab extraneo*) succede, come *figlio*, ai suoi genitori naturali, come innanzi la Novella; ma è disputa ancora se l'arrogato e il figlio adottato da un ascendente succedono al padre loro naturale *come figlio* nella 1.ª classe, o come semplice parente nella 4.ª classe.

C. Finalmente, vi sono molte altre persone, che per motivi particolari e sotto certe condizioni, acquistano un diritto a succedere ab intestato ai beni del defunto.

§. 655. B. *Dell'epoca in cui deve esistere la capacità a succedere.*

La capacità a succedere ab intestato deve esistere per conto dell'erede al momento in cui è aperto l'ordine di successione, senza interruzione fino a quello in cui egli adisce l'eredità (2). Poco monta ch'egli sia nato o concepito soltanto all'epoca della delazione della successione; in fatto, il figlio concepito, se nasce uomo, vivo, vitale e in tempo utile, può far valere il suo diritto di successione, come s'ei fosse già nato all'epoca della morte della persona di cui reclama la eredità (3).

§. 656. III. *Ordine della successione.* A. *Generalità.*

Tutti coloro che hanno il diritto astratto di succedere ab intestato non succedono, alla morte del defunto, nel tempo istesso; la legge determina, fra loro, un certo ordine che dicesi ordine di successione *in concreto* (*ordo succedendi*). In una successione di parenti, quest'ordine si basa meno sulla prossimità del grado di parentela col defunto, che sulla specie di parentela fra lui e i suoi eredi; esso è fondato sulla discendenza, e ascendenza o parentela collaterale. Per dare un'idea più facile di quest'ordine di successione, si son divisi i parenti capaci a succedere ab intestato, in quattro classi (4). Nella prima classe succedono i discendenti del defunto, e senza distinzione di grado *tutti* i discendenti che non hanno nella loro stirpe, fra essi e il defunto, altro discendente intermedio vivente; nella seconda, gli ascendenti i più prossimi in grado, i fratelli e sorelle germane del defunto, e i figli dei fratelli e sorelle del defunto, morti innanzi di lui; nella terza i fratelli e sorelle unilaterali del defunto, non meno che i figli dei fratelli e sorelle unilaterali morti innanzi del defunto; nella quarta, gli altri parenti collaterali i più prossimi in grado, che non sono nella seconda nè nella terza classe, senza distinzione fra i germani e gli unilaterali (5).

(1) Perchè la parentela di sangue fra essi, e i loro genitori naturali, che a forma della Nov. 118, serve di base al diritto di successione, continua a sussistere malgrado l'adozione.

(2) Fr. 1, §. 4, D. XXXVIII, 17. - Cpr. §. 4, J. II, 19. - fr. 49, §. 1; fr. 59, §. 4, D. XXVIII, 5. - fr. 54, D. XXIX, 2.

(3) Per la regola « nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur » (§. 118). Vedi pure fr. 1, §. 5, D. XXXVIII, 17.

(4) Questa distinzione si trova già nella Nov. 118; non nelle parole, di cui ella si serve, ma sibbene nel fatto.

(5) Di queste quattro classi sono stati composti i versi seguenti:

Descendens omnis succedite in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius ejus,
Tunc latere ex uno junctus quoque filius ejus,
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Talvolta si trovano intercalati i seguenti versi fra il terzo ed il quarto:

Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
Juncti ascendentes fratrum proles quoque sola.

§. 657. B. *Principj particolari.*

I seguenti principj s'applicano alle quattro classi di cui abbiamo parlato:

1. La classe anteriore esclude la posteriore, vale a dire che finchè esistono persone attenenti a una classe anteriore, non può succedere alcuno d'una classe posteriore.

2. Nella successione d'un ascendente, i suoi nipoti, pronipoti ec., succedono in forza di un *diritto di rappresentazione illimitato*, per cui i discendenti remoti del defunto subentrano al loro parente premorto, ed intingono nella successione in quanto questi avrebbe intinto se fosse sopravvissuto alla persona di cui si apre la successione (1). Questo diritto di rappresentazione non era applicabile, nell'antico diritto romano, che in vantaggio dei discendenti del defunto, per i quali non veniva ristretto ad alcun grado (2). Giustiniano l'estese ai figli e figlie dei fratelli e sorelle del defunto fossero germane od unilaterali; ma escluse i nipoti di fratelli e sorelle del defunto, che per ciò, non succedevano nè in seconda nè in terza classe, ma solo nella quarta (3). Quindi, l'efficacia di questo diritto non deriva, in colui che la legge autorizza a subentrare al padre o madre premorta, dall'esser loro realmente successo, e sia che si tratti di discendenti del defunto, o di figli e figlie di fratelli e sorelle.

3. Le quattro classi van soggette a una *successione di gradi e di ordini* (*successio graduum et ordinum*), cioè: quando il primo chiamato in una classe viene a mancare senza coeredi ai quali si accresca la sua parte (4), o quando questi vengono egualmente a mancare, la successione si deferisce a coloro che, nella stessa classe, sono i primi chiamati dopo quelli che mancano (*successio graduum*). Ma quando nella classe cui gli eredi chiamati e mancati appartengono, non esiste più chi abbia diritto a succedere, o quando tutti gli eredi di questa classe vengono a mancare dopo la successione dei gradi, la successione si deferisce a quelli che nella classe succedanea, sono i primi chiamati (*successio ordinum*) (5).

Hugo, cita questi versi nel suo *Droit romain moderne*, ed. 7, p. 186. - H. G. Wittich nel suo *Système de droit civil*, t. III, §. 34, ve ne aggiunge un terzo:

Cognatusque hæres, quem continet ultima classis.

Questi tre versi non si riferiscono all'ordine di successione, ma alla maniera ed alla porzione per cui succedono gli eredi chiamati.

(1) L'espressione *jus repræsentationis* non si riscontra nel diritto romano il quale frattanto consacra il principio. Nov. 118, c. 1. « Sic tamen ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contingerit, illius filios aut filias, aut alios descendentes *in proprii parentis locum succedere — tantam de hæreditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens; si viveret, habuisset, quam successionem in stirpes vocavit antiquitas* ». Confrontate con questo passo il §. 6, J. III, 1. - Sopra la materia per l'intiero, vedi C. Mackeldey Gmelin, *Diss. exhib., historiam repræsentationis jure civ. rom.* Tübing. 1787. - Glück, *De l'ordre de succ. ab intest.* §. 22, 26, *b*. - C. F. Normann. *Diss. de jure repræsentationis.* Hafniæ, 1828.

(2) Molti giureconsulti pretendono frattanto che i discendenti del defunto non succedano per diritto di rappresentanza (*jure repræsentationis*) ma *jure proprio*, e che per essi non può esser questione di diritto di rappresentanza se non se in riguardo alla spartizione della successione: questa opinione è del tutto falsa e dà luogo a conseguenze egualmente erronee.

(3) Nov. 118, c. 3, verb. « Si autem defuncto fratres - si superstes esset ». Nov. 127, pr. verb. » Meminimus — et illius ferenties portoniem ».

(4) Non mancano frattanto autori che danno la preferenza alla successione per gradi sul diritto d'accrescimento.

(5) Questa successione per gradi, e

§. 658. IV. *Divisione della eredità.* A. *Generalità.*

Quando la legge chiama nell'ordine di successione in un tempo più parenti a dividere la eredità, sorge la questione *per qual porzione ciascuno di essi sia chiamato*. Questa divisione può generalmente farsi in tre modi:

1. Si può dividere in tante parti quante sono le persone a succedere di cui ciascuna riceve, in tal caso, una *porzione* (*portio virilis*): questa specie di divisione dicesi *successio in capita* (1).

2. Può dividersi in tante porzioni eguali per quante stirpi formano le persone che succedono; in tal guisa ciascuna stirpe principale riceve una porzione, la quale poi si divide per capi o nuovamente per stirpi fra le persone attenenti alla stirpe: lo che si dice *successio in stirpes* (2).

3. Finalmente, può dividersi in due porzioni eguali, di cui una si devolve agli ascendenti paterni, l'altra ai materni e ciascuna delle quali, poi, si divide per capi: questa dicesi *successio in lineas* (3).

§. 659. B. *Influenza della duplice parentela sulla divisione della eredità.*

Quegli che è parente del defunto in più modi, ha spesso un diritto a più porzioni d'eredità; egli gode sempre quando la divisione si fa per stirpi (*in stirpes*) o per linee (*in lineas*), non lo ha mai quando si fa, in principio per capi. Su questo secondo caso, ciascun capo non si conta che una sol volta; nei due primi casi al contrario, quegli che ha una duplice parentela riceve per ogni stirpe o linea la sua porzione, e in tal guisa viene ad esser computato più volte.

TITOLO SECONDO

Della successione ab intestato in particolare.

§. 660. I. *Ordine di successione dei genitori.*

Le persone che succedono in primo luogo sono i discendenti del defunto, esistenti all'epoca dell'apertura della successione, e più prossimi nella loro stirpe senza riguardo a sesso, o grado di parentela, a patria potestà, a primogenitura o nascita degli eredi

---

per ordini è già basata sull' editto successorio del pretore. Dig. XXXVIII, 9. - Ella fu estesa da Giustiniano quanto all'antico ordine di successione, e la Novella 118, non vi ha modificata alcuna cosa, §. 7, J. III, 2. - §. 4, 5, J. III, 9 (10), e Ulpiano, XXVIII, 11.

(1) La Novella 118, c. 3, §. 1, si esprime nella seguente maniera sopra questa specie di partigione della successione « secundum personarum numerum inter eos hæreditas dividatur: quod in capita nostræ leges appellant ».

(2) La Novella 118, c. 1, dice delle persone le quali appartengono al medesimo stipite « tantam de hæreditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, quam successionem *in stirpes* vocavit antiquitas ». Vedi pure cap. 3, pr.

(3) Ecco come si esprime la Nov. 118, c. 2. « Ex æquo inter eos (ascendentes paternos et maternos) hæreditas dividatur: ut medietatem quidam accipiant omnes a parte ascendentes, quanticumque fuerint: medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit ».

o a più matrimonj (1). Se non vi sono discendenti in primo grado, la eredità si divide per capi; negli altri casi, e in quello in cui tutti i discendenti che vengono alla successione discendono da un sol figlio o figlia del defunto (2), si divide per stirpi (3).

§. 661. *Seconda classe.* 1. *Chi succede.*

Quando il defunto non lascia discendenti, o vengono essi tutti a mancare, succedono gli eredi della seconda classe (4). A questa appartengono:

1. Gli ascendenti del defunto i più prossimi in grado, senza distinguere a qual linea appartengono, di guisachè l'ascendente il più prossimo esclude non solo colui che, nella sua linea, è più remoto, ma anche quegli che lo è nell'altra linea, con cui viene alla successione congiuntamente nella stessa prossimità delle due linee.

2. I fratelli e sorelle germane del defunto, aventi diritto a succedere al loro padre e madre (5).

3. I figli e figlie, ma non i nipoti di fratelli e sorelle germane del defunto a lui premorte; ma bisogna ch'essi abbiano avuto capacità a succedere ai loro genitori premorti, e che questi abbiano potuto succedere al defunto (6). Tutti costoro vengono a succedere insieme e ad un tempo (7).

§ 652. 2. *Come si fa la divisione.*

Il modo di dividere la eredità diversifica in questa classe, secondo le diverse persone che vi concorrono.

1. Quando non succedono che ascendenti, ed essi non appartengono che a una sola linea, essi dividono la eredità per capi, ma ove appartengono a due linee, la divisione ha luogo per linee.

2. Non essendovi che fratelli e sorelle germane e figli di fratelli e sorelle germane premorte, bisogna distinguere:

a) Se non vi sono che fratelli e sorelle, la divisione si fa per capi.

b) Se non esistono che figli e figlie di fratelli e sorelle germane pre-

---

(1) Per verità Giustiniano non l' ha detto espressamente, ma questo principio emana dalla natura della successione per capi, per stipiti, e per linee.

(2) Nov. 118, c. 1, 4.

(3) Questo punto è per tanto contestato e benchè sia senza interesse pratico, quanto alla divisione di una successione devoluta agli ascendenti *ab intestato*, egli è però importante, quando si tratta della parte legittima dei nipoti e della porzione d'una vedova povera. L. L. G. Süptitz, *De nepotibus ex filio unico avo non in capita sed in stirpes succedentibus*. Helmstad., 1806.

(4) §. 6, 16, J. III, 1. - Nov. 118, c. 1. - Relativamente all'usufrutto paterno sopra i beni avventizj dei figli, bisogna ancora rimarcare i seguenti due casi:

1. Quando un figlio di famiglia muore lasciando dei discendenti i quali non sono più sotto la potestà del padre del defunto, essi ereditano il peculio avventizio di quello ad esclusione di suo padre, il quale ne conserva l'usufrutto sua vita durante. Cost. 11, C. VI, 59. - Cost. 6, §. 1, C. VI, 61.

2. Un avolo non ha più il suo figlio sotto la sua potestà, ma il nipote di quest'ultimo: questo nipote muore senza discendenti. Allora suo padre eredita il peculio avventizio ad esclusione dell' avolo, che conserva l'usufrutto che aveva. Cost. 3, C. VI, 61. - A queste Cost. anteriori si rapportano le parole della Novella 118, c. 1: « Nam in usufructu harum rerum, quidebet acquiri aut servari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus ».

(5) Nov. 118, c. 2-3.

(6) Secondo la Novella 118, c. 3, verb.: « Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, etc. » I figli dei fratelli e sorelle non dividono la successione con gli ascendenti. Questo punto è stato cangiato dalla Nov. 127, c. 1, di Giustiniano.

(7) Secondo la Nov. 118, c. 2, il padre succede co'fratelli e sorelle germane del defunto, che l'escludevano colla Nov. 118, - Cost. 11, C. VI, 59; Cost. 3; Cost. 4; Cost. 6, pr. §. 1, C. VI, 61. - Ma egli non ha l'usufrutto della porzione che ritorna a questi collaterali (§. 530).

morte, dividono essi egualmente per capi, poco interessando che rappresentino un sol fratello o sorella, o più fratelli e sorelle (1).

c) Al contrario, essendovi concorso tra fratelli e sorelle e figli di fratelli e sorelle premorte, la eredità si divide in stirpi.

3. Allorchè degli ascendenti succedono con dei fratelli e sorelle germane e figli di fratelli e sorelle premorte, è necessario distinguere:

a) Se fratelli e sorelle germane concorrono con degli ascendenti, dividono per capi.

b) Se vi sono ad un tempo degli ascendenti, dei fratelli e sorelle, e dei figli e figlie di fratelli e sorelle premorte, gli ascendenti e i fratelli e sorelle succedono in una porzione virile, i figli di fratelli e sorelle premorte, in una parte in stirpi.

c) Finalmente, essendovi concorso tra figli e figlie di sorelle e fratelli premorti, e ascendenti, i primi succedono in una porzione eguale per ciascuna stirpe, mentre i secondi succedono per capi (2).

§. 663. *Terza classe.*

In mancanza d'eredi della seconda classe subentra la terza a dividere la eredità. A questa classe appartengono:

1. I fratelli e sorelle unilaterali del defunto, senza distinguere la loro qualità di consanguinei o di uterini; ma è necessario che siano capaci a succedere al parente che hanno comune col defunto.

2. I figli e figlie di fratelli e sorelle unilaterali del defunto, premorte; essi debbono riunire le condizioni stesse, quanto alla capacità a succedere, dei figli e figlie di fratelli e sorelle germane, premorte (3). Bisogna a tal uopo, applicare, per la divisione della eredità, i principj stabiliti al §. precedente n. 2. Nè in questa classe, nè nella seguente, è da farsi distinzione fra i beni provenienti da parte di padre, o quelli provenienti da parte di madre.

§. 664. *Quarta classe.*

Non esistendo persone d'una delle classi precedenti, la successione è devoluta ai parenti della quarta classe, come la più prossima in grado al defunto, senza distinguere s'egli è loro parente germano o unilaterale. Qui pure, è necessario applicare la regola generale della perfetta capacità a succedere, e che fra essi e il defunto non esista persona capace a succedere. Essendovi più parenti egualmente prossimi in grado, concorrono congiuntamente alla successione e la dividono per capi (4).

§. 665. II. *Altre successioni.*

Oltre i parenti, vi sono altre persone alle quali la legge, per motivi particolari, dà diritto alla successione. A questa classe appartiene:

A. La successione del conjuge superstite, che ha diritto all'eredità nei casi seguenti:

1. Quando un conjuge muore senza lasciare parenti, che abbiano diritto a succedere, il conjuge superstite, sia il marito o la moglie, succede, ancò pel diritto nuovo, in forza dell'Editto del Pretore *unde vir et uxor* (5).

---

(1) Questo punto già controverso fra Azon e Accursio fu deciso in Alemagna col decreto della Dieta imperiale del 1529, §. 31, in favore d'Azon, il quale ammette la successione per capi, benchè questa opinione non sia giustissima.

(2) Si disputa sulla questione di sapere se in questo caso i figli dei fratelli e sorelle premorte vengano a succedere in concorrenza con gli ascendenti. La giurisprudenza d'Alemagna si è dichiarata secondo lo spirito della Novella 118, per la loro ammissione in stipiti.

(3) Nov. 118, c. 3.

(4) Nov. 118, c. 3, in fine.

(5) §. 6, J. III, 9 (10). « Aliam vero bonorum possessionem, quæ *und vir et uxor* appellatur - in suo vigore servavimus ». Dig. XXXVIII, 11. - Cod. VI, 18.

2. Quando un marito ricco muore lasciando una vedova povera indotata, questa congiuntamente ai parenti del defunto, qualunque essi siano, acquista una parte dei beni (1), che niuna disposizione può toglierle (2). La parte della vedova è una porzione virile, quando succede con più di tre discendenti del marito, sian pur nati da precedente matrimonio o dal suo (3); ma in tutti gli altri casi, concorrendo essa con tre o meno di tre discendenti, o con altri parenti del marito, qualunque sia il loro numero, ha diritto alla quarta parte dei beni e non più (*quartam partem bonorum*). Essa acquista sempre la proprietà della parte che la legge le accorda, ed ha libera facoltà di disporne, a meno che non esistano figli nati dal suo matrimonio col defunto; in tal caso non gode che l'usufrutto finchè vive, ed è in obbligo di conservare ai figli la proprietà della intera porzione (4).

B. Colui che ha ritirato presso di sè un pazzo ed ha speso delle cure per lui, dopo avere invano richiesto per lui delle cure ai suoi erédi intestati o testamentarj, gli succede, morendo esso durante la pazzia, esclusivamente agli eredi intestati e testamentarj (5).

C. In mancanza d'eredi intestati e testamentarj del defunto, la successione è devoluta alle corporazioni di cui egli faceva parte. Queste sono, per diritto romano: la *curia*, quando il decurione muore senza eredi (6); il *collegium naviculariorum* (7); il reggimento in cui serviva in qualità di soldato (8); la Chiesa in cui l'ecclesiastico ufiziava, e il convento cui il monaco o la monaca apparteneva (9). È pure da notare, che allorquando una cosa è stata donata dal principe al defunto congiuntamente ad altra persona, s'egli muore, senz'eredi, la sua porzione si devolve al *socius liberalitatis principis*, che non può esser riguardato come erede, ma solo come successore particolare, poichè non acquista che la parte del defunto (10).

D. Se non esistono eredi intestati o testamentarj da noi enumerati, la successione è *vacante (bonum vacans)*, e si devolve al *fisco* (11), che deve far uso del suo diritto nello spazio di anni quattro, diversamente appartiene a chi la possiede (12). È disputa se il fisco che accetta la successione vacante debba riguardarsi come erede o come occupante privilegiato, in forza del diritto competente allo stato su i beni vacanti (13); in ogni caso, altro non acquista della successione che ciò

---

(1) Nov. 117. c. 5. Le disposizioni antecedenti alle quali si rapporta questa Novella sono le Novelle 22, c. 18, la Nov. 53, c. 6, e la Nov. 74, c. 5.

(2) Nov. 53, c. 6. - Questa Novella dava egualmente un quarto al vedovo bisognoso, ma la Nov. 117, c. 5, gli ritira espressamente questo diritto.

(3) I discendenti che appartengono allo stesso stipite, non contano che una sola persona.

(4) Poco importa d'altronde ch'ella succeda congiuntamente co'figli solamente venuti dal suo matrimonio col defunto, o porzione coi suoi proprj figli, porzione con figli di antecedente matrimonio del marito. Nell' uno e nell' altro caso ella deve conservare ai suoi proprj figli *tutto* ciò che acquista come vedova bisognosa.

(5) Nov. 115, c. 3, §. 12. - Molti autori non riconoscono in lui la qualità di *erede* ma ecco come si esprime la Novella « extraneum - ad ejus (furiosi) successionem pervenire decernimus ».

(6) Cost. 1, Cod. Teod. V, 2. - Cost. 4, C. VI, 62. - Cost. 1, C. X, 34.

(7) Cost. 1, C. VI, 62.

(8) Fr. 1, 2, D. XXXVIII, 12. - fr. 6, §. 6, 7, D. XXVIII, 3. - Cost. 2, C. VI, 62.

(9) Cost. 20, C. I, 3. - Nov. 131, c. 13.

(10) Cost. un. C. X, 14.

(11) Fr. 2, D. XXXVIII, 9, - Cost. 1, 2, C. X, 10. - J. Ch. Majer, *De la succession du Fisc.* Ulm, 1786.

(12) Fr. 10, pr. §. 1, D. XLI, 3. - Unterholzner, *De la prescription*, t. I, §. 301.

(13) La prima opinione che pareva più giusta a forma dei fr. 13, §. 9, D. V, 3. - fr. 1, pr. D. XXXVIII, 9. - Cost. 5, C. X, 10. - Nov. 1, c. 1, §. 3, è difesa dal

che avanza dopo la soddisfazione dei creditori e legatarj del defunto (1). La risoluzione della disputa, se il fisco sia tenuto oltre le forze della successione, dipende dall' altra consistente nel sapere se debba riguardarsi come erede o come occupante: non attiene ciò forse al sapere *qual fisco* prenda i beni vacanti? Perchè, nel primo caso, il fisco dello Stato in cui il defunto aveva il suo domicilio, s' impossessa di tutti i beni, anco di quelli situati all' estero; nel secondo caso, i beni vacanti situati in paesi differenti vanno alla cassa dei paesi medesimi.

CAPITOLO SECONDO

Dell'ordine delle successioni testamentarie (2).

§. 666. *Nozione dell' ultima volontà.*

Per *ultima volontà* s'intende, ogni disposizione che l'uomo fa in caso di morte, specialmente riguardo ai suoi beni (3). Colui che dispone, mentre vive, non è mai legato in forza di tal disposizione; egli può in ogni tempo revocarla, modificarla; ed essa acquista forza ed effetto allorchè muore il disponente senza variarla (4).

§. 667. *Specie d'ultima volontà.*

La volontà ultima dell' uomo s' esprime, in diritto romano, per *testamento*, e per *codicillo*. Un testamento, nel senso del romano diritto, è una solenne disposizione d' ultima volontà per cui s' istituisce un erede *diretto* (5). Ogni altra disposizione d' ultima volontà è un codicillo (6).

Cujacio, *Comm. ad Leg.* 4, *C. de bon. vac.*

(1) Fr. 11, D. XLIX, 14. - fr. 96, §. 1, fr. 114, §. 2, D. XXX.

(2) Sopra tutta la materia, Doneau, *Comm, jur. civ.* VI, 4-28. - S. Stryck, *De cautelis testamentorum*, ed. nov. Halæ, 1738. - I. Claproth, *Abhandl. von Testamenten, Codicillen, Vermaechtnissen und fideicommissen*, ovvero, *Diss. sur les testaments, codicilles, legs et fideicommis.* Goett. 1797. - E. Ch. Westphal, *Théorie du droit rom. sur les testaments, etc.* Leips. 1790. - C. F. Dalwigk, *Exposé du droit de succ.* parte 2. Wiesbaden, 1820. - Glück, *Comm.* parte 33. §. 1399-1406; parte 34. §. 1407- 1412.

(3) Fr. 1, D. XXVIII, 1. « Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri vedit ». Ulpiano, XX, 1.

(4) Fr. 4, D. XXXIV, 4. « Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum ».

(5) §. 34, J. II, 20. « Testamenta ex institutione hæredis vim accipiunt; et veluti caput et fundamentum totius testamenti intelligitur hæredis institutio ». - Cpr. fr. 1, §. 3, D. XXVIII, 6; e fr. 20, D. XXIX, 1. - Quindi l' espressioni *testamentum facere hæredem scribere* sono sinonomi.

(6) §. 2, J. II, 25. Cost. 14. C. VI, 23. « Non codicillum, sed testamentum aviam vestram voluisse *institutio*, *et exhæredatio facta probant* evidenter.

TITOLO PRIMO

Della capacità di testare.

§. 668. *Delle condizioni della fazione del testamento* (1).
I. Commercium mortis causa.

La capacità di fare un testamento dicesi *fazione di testamento* (*testamenti factio*) (2). La prima condizione per avere questo diritto era la qualità di cittadino romano o per lo meno la capacità del commercio a causa di morte *(commercium mortis causa)*. Per tal motivo, gli schiavi e i Latini giuniani (*Latini juniani*) (3), i pellegrini (*peregrini*) e ogni cittadino che subiva la massima o la media diminuzione di capo, erano colpiti di incapacità (4).

§. 669. II. *Della capacità d'acquistare.*

La seconda condizione necessaria alla testamenti-fazione consisteva nel poter lasciare e godere dei beni proprj. Quindi chiunque trovavasi soggetto alla patria potestà o nella *manus* d'altri, era incapace a testare, *quia filius familias nihil suum habet* (5). Per quanto questo motivo sia scomparso per l'istituzione del peculio avventizio, il figlio di famiglia, per diritto nuovo, è sempre colpito d'incapacità a testare (6). La legge non gli permette di disporre per testamento che del suo peculio castrense e quasi castrense (7).

§. 670. III. *Della capacità a dichiarare la sua ultima volontà.*

La terza condizione era che il testatore doveva essere fisicamente e moralmente capace a dichiarare con effetto la sua ultima volontà. Le persone incapaci per ciò a testare, sono:

1. Quelle che non sanno nè leggere nè scrivere (8). I sordo-muti posson testare, sapendo scrivere, ma è loro necessaria l'autorizzazione del

---

(1) Ulpiano, XX, 10, e seg. - Gajo, II, 112, e seg. - Paul. III, IV, A. - Ist. II, 12. - Dig. XXVIII, 1. - Cod. VI, 22. - J. G. Heineccio, *Diss. de origine testamenti factionis.* Francq. 1726, e *Opusc.* Halæ, 1735, pag. 970. - A. D. Trekell, *De origine atque progressu testamenti factionis*, cum præf. G. Ch. Gebaueri. Lips. 1739. - Glück, *Comm.* parte 33, p. 347, e seg.: parte 34.

(2) Fr. 4, 18, pr. D. XXVIII, 1. « *Testamenti factio* si dice pure della capacità di acquistare per atto di ultima volontà. §. 4, J. II, 19.- fr. 16, pr. D. XXVIII, 1. - fr. 7, D. XLI, 9. - Onde i moderni dividono la testamenti fazione in attiva e passiva.

(3) Ulpiano, XX, 14. - Glück, *Comm.* parte 34. p. 53.

(4) Fr. 8, D. XXVIII, 1. Se un cittadino romano moriva nella sua schiavitù, il suo precedente testamento era mantenuto in virtù di una finzione della legge Cornelia. - Ulpiano, XXIII, 5. - §. 5, J. II, 12. - fr. 12, D. XXVIII, 1. - fr. 16, 18, D. XLIX, 15.

(5) Ulpiano, XX, 10. - fr. 6, pr.; fr. 19, D. XXVIII, 1. - Glück, *Comm.* parte 34. §. 1407, p. 97.

(6) Pr. J. II, 12. - Cost. 11, C. VI, 22. - Cost. 8, §. 5, C. VI, 61.

(7) Ulpiano, XX, 10. - Gajo, II, 106. - §. ult. J. II, 11. - pr. J. II, 12. - fr. 18, pr. D. XLV, 3. - Cost. 11, 12, C. VI, 23. - Cost. 37, pr. C. III, 28. - Anche il figlio di famiglia può, coll' autorizzazione del suo padre di famiglia, fare del suo peculio avventizio l' oggetto di una donazione per causa di morte; fr. 25, §. 1, D. XXXIX, 6. - Infine è da osserservarsi, che un soldato, quando è incerto se egli sia tuttora sotto la patria potestà può fare un testamento valido; fr. 11, §. 1, D. XXIX, 1. - fr. 9, D. XXIX, 7.

(8) Cost. 29, C. VI, 23.

principe per testare per semplici segni (1).

2. Tutti coloro che nel tempo del testamento, mancano dell' uso della mente o della libertà della volontà; come il furioso e il prodigo, al furioso rassomigliato (2). Vecchia età e malattie non sono impedimento ove non distruggono l'uso della ragione o la riflessione (3).

3. Gl'impuberi, i quali non posson testare, anche coll' autorizzazione del tutore (4); ma i minori puberi lo possono anche senza il consenso del curatore (5).

§. 671. IV. Lege intestabiles.

Finalmente vi sono persone cui la legge nega la facoltà di testare, come pena di un delitto (*lege intestabiles*) (6). Queste sono, per diritto romano, i rei d'alto tradimento e loro figli (7); gli autori di libelli famosi (8); gli apostati e alcune specie d'eretici (9); quelli che vivono in adulterio, a meno chè non testino in favore di certi prossimi parenti (10), e i condannati a morte (11).

TITOLO SECONDO

Della forma dei testamenti.

§. 672. *Divisione generale dei testamenti.*

Considerati quanto alla forma, i testamenti si dividono, per diritto romano nuovo, in *testamenti pubblici* (*testamenta publica*) e in *testamenti privati* (*testamenta privata*) (12).

§. 673. *Dei testamenti pubblici* (13).

Il testamento pubblico può esser

(1) Conforme all'antico diritto il sordo e il mutolo non potevano testare *per æs et libram*. Ulpiano, XX, 13. - fr. 6, §. 1; fr. 7, D. XXVIII, 1. Non vi è dubbio che in diritto nuovo l'uno e l'altro non possono testare; il primo in scritto e verbalmente, il secondo in scritto soltanto. L'istesso è dei sordi-muti. §. 3, J. II, 12. - fr. 4, D. XXIX, 1. - Cost. 10, C. VI, 22.

(2) Resta valido il testamento fatto prima della follìa, o della interdizione. §. 1, 2, J. II, 12. - fr. 18, D. XXVIII, 1. - Cost. 9, C. VI, 22.

(3) Fr. 2, D. XXVIII, 1. - Cost. 3, C. VI, 22.

(4) §. 1, J. II, 12. - fr. 19, D. XXVIII, 1. - Nel calcolo del tempo necessario all' impubere per poter testare si applica la regola « *dies cœptus pro completo habetur* » fr. 5, D. XXVIII, 1.

(5) Fr. 20, §. 1, D. XXXIV, 3.

(6) Fr. 18, §. 1, D. XXVIII, 1. - Teofilo sopra il §. 6, J. II, 10.

(7) Cost. 5, p. §. 1, C. IX, 8

(8) Fr. 18, §. 1, D. XXVIII, 1. - fr. 21, pr. D. XXII, 5. - fr. 5, §. 9, 10, D. XLVII, 10.

(9) Cost. 1, C. I, 7. - Cost. 4, 5, C. I, 5.

(10) Cost. 6, C. V, 5. - Cpr. Nov. 12, c. 1, 2.

(11) Fr. 8, §. 4; fr. 13, §. 2, D. XXVIII, 1. - Cpr. Nov. 134, c. 13.

(12) Sopra la forma dei testamenti, Gajo, II, 101-108. - Ulpiano, XX, 2-9. - Ist. II, 10. - Teofilo, sopra questo titolo, D. XXVIII, 1. - Cod. VI, 23. - Cicerone, *De nat. deor.*, II, 3. - Gellio, XV, 20. - Heineccio, *Diss. de origine testamenti factionis et ritu testandi antiquo*, Franeq. 1726, e *Opusc.* Halæ, 1735, p. 970. - A. D. Trekell, *De origine atque progressu testamenti factionis præsertim apud romanos*, cum præf. G. C. Gebauer. Lips. 1739. - Dirkesen, *Essai de la restitution des XII Tables*, p. 320. - Savigny, *Hist. du droit rom. du moyen-âge*, t. I, pag. 84; t. II, pag. 182. - Gans, *Scolies sur Gajus*, p. 279. - Walch, *Pr. de mutata a Costantino testam. jur. civ. forma*. Jenæ, 1823. - Puchta, *Institutes* p. XLII. - H. A. Zacharia, *Comm. de fiducia*. Gothæ, 1830, cap. 8. - Glück, *Comm.* parte 34. §. 1408-1412, c.

(13) Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 5.

fatto in due diversi modi: sia quando il testatore lo presenta al principe (*testamentum principi oblatum*); sia facendolo registrare dalla autorità in via di giurisdizione civile, o rimettendolo tutto scritto, per farlo conservare (*testamentum actis magistratus insinuatum* detto oggi comunemente *testamentum judiciale*) (1). Nell'un caso e nell'altro, la confidenza pubblica di cui gode il principe e l'autorità giudiciaria è assai, e non abbisogna altra formalità.

§. 674. *Dei testamenti privati* (2).

I testamenti privati, al contrario, che possono farsi tanto oralmente (*per nuncupationem*) che per scritto (*per scripturam*) esigono l'osservanza di molto maggiori formalità. La forma esterna dei testamenti privati è *ordinaria* o *straordinaria*. La prima è la regola generale, la seconda ha luogo eccezionalmente in certi testamenti, e differisce dalla prima in quanto restringe, aggiunge, o modifica le formalità ordinarie.

§. 675. I. *Della forma dei testamenti ordinarj*. A. *Condizioni generali*.

La forma ordinaria di qualunque testamento privato sia scritto, sia orale, esige il concorso delle seguenti condizioni:

1. La *presenza di sette testimonj* (3), espressamente a ciò chiamati; il testatore deve aver loro dichiarato la sua volontà di fare un testamento, e pregarli affinchè gli servano da testimonj (4); essi debbono del pari esser capaci a far da testimonj all'epoca del testamento (5), e portarsi liberamente presso il testatore (6); ma non è necessario che lo conoscano personalmente (7). Sono incapaci: i privi di ragione e di volontà; gl'impuberi; i sordi e muti; i ciechi, almeno pel testamento scritto (8); i prodighi, e coloro cui la legge interdice a testimoniare (*lege intestabiles*) (9); le femmine e i non romani (10); tutte le persone soggette alla patria potestà del testatore (11); l'erede istituito (12), e tutti coloro che sono sotto la sua potestà (13).

2. L'*unità d'azione (unitas actus)*, deve essere osservata, vale a dire che tutti i testimonj debbono essere ad un tempo presenti, e che il testamento deve esser condotto a termine nel medesimo contesto, senza che atto estraneo qualunque giunga ad interromperlo (14).

---

(1) La Cost. 19, C. VI, 23, parla delle due specie di testamenti pubblici. Glück, *Comm.* parte 34. pag. 146, e seg.; p. 188, e seg.

(2) Doneau *Comm. jur. civ.* VI, 7-10.

(3) Cost. 21, C. VI, 23. - §. 3, J. II, 10. - fr. 27, D. XXVIII, - Glück, *Comm.* parte 34. p. 287.

(4) Fr. 21, §. 2, D. XXVIII, 1, e la *quæstio Domitiana* nel fr. 27, D. ibid.

(5) Poco importa che in seguito divengano incapaci, fr. 22, §. 1, D. ibid. - §. 7, J. II, 10.

(6) Fr. 20, §. 10, D. XXVIII, 1. - Cost. 9, 12, C. VI, 23, confrontata con la Cost. 3, §. 2, Cod. Teod. IV, 4.

(7) Glück, *l. c.* pag. 304, la pensa altrimenti.

(8) Quanto ai testamenti fatti di notte, fr. 22, §. 6, D. XXVIII, 1.

(9) Fr. 26, D. XXVIII, 1. - fr. 14, 15, D. XXII, 5.

(10) §. 6, J. II, 10. - Cpr. fr. 20, §. 4-7, D. XXVIII, 1.

(11) §. 9, J. II, 10.

(12) §. 10, J. ivi. - fr. 20, pr. D. XXVIII, 1.

(13) §. 10, J. cit. - fr. 20, pr. cit. Poco importa che i testimoni siano fra loro in un rapporto di dependenza §. 8, J. II, 10. - fr. 22, pr. D. XXVIII, 1. - Ulpiano, XX, §. 3-6. - I legatarj e i fidecommissarj posso egualmente servire da testimonj, §. 11, J. II, 10. - Lœhr, negli *Archivj della pratica civile*, t. II, p. 189.

(14) Fr. 21, §. 3, ivi. - §. 3, J. II, 10. - fr. 20, §. 8, D. XXVIII, 1, e principalmente Cost. 21, pr. §. 2; Cost. 28, pr. C. VI, 23; quest'ultima Costituzione indica egualmente l'eccezioni che la regola subisce. - Glück, *Comm.* parte 34. p. 375.

§. 676. B. *Delle condizioni particolari del testamento scritto* (1).

Il testatore che vuol fare un testamento privato scritto, può:

1. Scriverlo interamente di sua mano (*testamentum holographum*); non importa che lo sottoscriva, ov'abbia dichiarato essere scritto di sua propria mano (2).

2. Il testatore può fare scrivere il testamento da altri (*testam. allographum*), ma allora deve sottoscriverlo e riconoscerlo in presenza di testimonj (3). Se non sa, o non può scrivere atteso un impedimento qualunque, si vuole la presenza d'un ottavo soscrittore (*octavus subscriptor*): questi firma a nome del testatore facendo menzione che egli firma richiesto dal testatore (4).

3. O abbia il testatore scritto da per sè il testamento, o l'abbia fatto scrivere da altri, che egli deve sempre presentarlo ai testimonj e dichiarar loro esser quello il suo testamento; ogni testimone deve apporvi la sua firma, e un sigillo qualunque, anche quello del testatore (5).

4. Il testatore il quale vuol che resti segreto il contenuto del suo testamento, può presentarlo chiuso ai testimonj, ma deve del pari dichiarare in lor presenza che il testamento contenuto nell'involto, è la sua ultima volontà, scritta da lui stesso o da altra persona, e chiuderlo, apponendo la sua firma sull'involto: se non può o non sa scrivere, un ottavo chiamato firma egualmente per lui; dopo firmano i testimonj e appongono sull'involto il lor sigillo. La firma e l'apposizione dei sigilli chiudono il testamento, che è allora, come suol dirsi, solennizzato (6).

§. 677. C. *Condizioni particolari del testamento orale.*

Il testatore che vuol fare oralmente il suo testamento (*per nuncupationem*) deve dichiarare l'ultima sua volontà, in particolare il nome dell' erede, in presenza di sette testimonj, chiaramente e in un linguaggio che tutti i testimonj possano comprendere (7). Il testamento orale redatto in scrittura, immediatamente o in seguito per servir di prova (lo che si fa senza formalità alcuna), dicesi *testamentum nuncupativum in scripturam redactum;* ma rimane nullameno un testamento orale (8). In mancanza di somigliante documento, l'esistenza di un testamento, sia quanto all' osservanza della forma legale esterna,

(1) Glück, *Comm.* parte 31 a pag. 384, e seg.

(2) Cost. 28, §. 1, C. IV, 23. - Importa poco in qual linguaggio è scritto il testamento; fr. 20, §. 9, D. XXVIII, 1, e Cost. 21, §. 4, C. VI, 23. Ma non si può servirsi di segni; fr. 6, §. 2, D. XXXVII, 1.

(3) Cost. 21, pr. C. VI, 23.

(4) Cost. 28, §. 1, C. VI, 23. - Cpr. Cost. 29, C. ivi. - Nov. 119, c. 9, e Autent. *Et non observato.* C. VI, 23. - Ma quando chi scrive un testamento per il testatore da lui pregato riceve qualche cosa per mezzo di questo testamento, sia come erede, sia come legatario, egli non può scrivere di sua mano il passo che lo riguarda, a meno che non faccia sanzionare dal testatore. Così prescrive il Senatusconsulto Liboniano *(Senatusconsultum Libonianum)* che estende a questo caso la pena comminata dalla *Lex Cornelia de falsis.* Rubr. Dig. XLVIII, 10. - Cod. IX, 13. - fr. 1, D. XXXIV, 8. - fr. 29, D. XXVI, 2.

(5) §. 5, J. II, 10. - fr. 22, §. 2, 5; fr. 30, D. XXVIII, 1. - Quanto alla differenza fra *subscriptio* e *superscriptio testium.* Vedi Savigny, *Hist. du droit rom. au moyen-âge*, t. II, p. 182-186. L' una e l' altra son necessarie alla confezione del testamento.

(6) Cost. 21, pr. C. VI, 23.

(7) §. ult. J. II, 10. - fr. 21, pr.; fr. 25, D. XXVIII, 1. - Cost. 21, §. 2, C. VI, 23.

(8) Nettelbladt, *De testamento nuncupativo in scriptis redacto.* Halæ, 1753.

che quanto al contenuto, può esser provata per mezzo di due testimoni concorsi all'atto, o anche per altri due testimonj degni di fede.

§. 678. II. *Della forma dei testamenti straordinarj.* A. *Dei testamenti che esigono maggiori formalità.*

La legge esige formalità straordinarie pel testamento del *cieco.* Se egli ha fatto un testamento orale, un *tabellario*, a tale effetto richiesto, redige la sua disposizione di ultima volontà in presenza di tutti i testimonj; ne fa lettura al testatore, la firma e la suggella unitamente ai testimonj. Ma s'egli ha fatto scrivere il suo testamento da un altro, il *tabellario* glie ne fa lettura in presenza dei testimonj, e unitamente ad essi lo firma e suggella. Un ottavo chiamato è necessario a rimpiazzare il *tabellario* (1).

§. 679. B. *Dei testamenti che esigono minori formalità (test. privilegiati)* (2).
1. Testamentum militis (3).

Il testamento che un soldato fa in campagna esige minori formalità dei testamenti ordinarj (*test. militis s. jure militari factum*) (4). Infatti, la legge non richiede alcuna solennità per questa specie di testamento; il soldato è in facoltà di farlo come gli piace, e il testamento sorte i suoi effetti giusta la volontà del testatore, il quale ha diritto di scriverlo di per sè, o di farlo scrivere da altri; egli può del pari testare oralmente, dichiarando la sua ultima volontà in presenza di alcune persone a tale scopo convocate; ma queste persone non debbono venir considerate che come testimonj all'effetto della prova, e come tali non son necessarie, se la prova del testamento può in altro modo stabilirsi (5). Le persone che formano parte dell'armate, ma non soldati, godono dello stesso privilegio trovandosi in pericolo reale di morte (*test. quasi militare*). Se sopravvivono, il testamento non produce i suoi effetti (6), mentre quello fatto dal soldato in campagna conserva sempre tutta la sua forza, anche un anno dopo il congedo (7). Il soldato ha egualmente la facoltà di confermare in campagna e senz'altre formalità, un testamento fatto innanzi la campagna senza solennità e irregolare (8). Gode in oltre il soldato di molti privilegj importanti, quanto al *contenuto* del testamento (9), ma non gli giovano se non quando fa il suo testamento durante la campagna, *jure militari* (10).

§. 680. 2. Testamentum ruri conditum.

La confezione d'un testamento in villa, non esige al *bisogno*, che la presenza di cinque testimonj, quando

---

(1) Cost. 8, C. VI, 22. - Nov. Leon. 69. - C. J. Kœhnen, *De forma testamenti externa a cœco observanda.* Gœtt., 1781. - Glück, *Comm.* parte 34. p. 26.

(2) J. B. De la Couture, *Diss. de privilegiatis testamentis apud romanos.* Trad. ad Rhen. 1825.

(3) Gajo, II, 109. - Ist. II, 11. - Dig. XXIX, 1. - XXXVII, 13. - Cod. VI, 21. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 28. - G. F. Hænel, *Diss. I De testamento militari.* Lips. 1815. *Diss. II.* Lips. 1816.

(4) Imperocchè in tempo di pace il soldato è obbligato ad osservare le solennità ordinarie, Cost. 17, C. VI, 21. - §. 3, J. II, 1. - Sull'antico diritto, vedi fr. 4; fr. 7-9; fr. 26, pr.; fr. 38; fr. 42, D. XXIX, 1. - Cost. 5, C. VI, 21.

(5) Pr. §. 1, J. II, 11. - fr. 1, pr.; fr. 24; fr. 40, pr. D. XXIX, 1. - Cost. 1, 3, C. VI, 21.

(6) Fr. 44, D. XXIX, 1. - fr. un. D. XXXVII, 13.

(7) §. 3, J. II, 11. - fr. 21; fr. 26; fr. 38; fr. 42, D. XXIX, 1. - Cost. 13, C. VI, 21.

(8) §. 4, J. II, 11. - fr. 3, D. XXIX, 1.

(9) Vedi i paragrafi 611, 651, nota 5; 653, nota 10, e 3, p. 353-654, nota 10; 660, 670, 673, 676, 720.

(10) §. 6, J. II, 13.

il testatore si trovi nella impossibilità di riunirne un numero maggiore; uno di questi testimonj può firmare per più o per tutti, gli altri non sapendo scrivere; vale egualmente il testamento senza soscrizione, niuno dei testimonj sapendo scrivere (1). La maggior parte dei giureconsulti restringe questa disposizione al testamento fatto dai *contadini* (2), ma avuto riguardo al motivo animatore di questa disposizione, un tal diritto deve essere accordato a tutti i testamenti fatti in campagna.

§. 681. 3. Testamentum tempore pestis conditum.

Chi fa un testamento in un luogo in cui una malattia contagiosa regna all'epoca della sua confezione, non è obbligato a chiamare sette testimonj tutti in una volta (3).

§. 682. 4. Testamentum ad pias causas.

Noi faremo qui parola del testamento del diritto canonico, in favore di pii stabilimenti (*test. ad pias causas*). In fatti ogni disposizione d'ultima volontà, sia testamento o codicillo vale, senza altra formalità esterna, per tutto ciò di cui si dispone in favore della Chiesa o d'altro stabilimento di beneficenza, ma certa deve essere la volontà del testatore (4). Ne consegue che una tale disposizione di ultima volontà conserva i suoi effetti, anche fatta senza testimonj, quando la prova della volontà del testatore può venire in altro modo fornita, come per scritto (5).

§. 683. C. *Dei testamenti di variabili formalità.*

Le formalità ordinarie dei testamenti con cui gli ascendenti istituiscono i loro discendenti in eredi, subiscono cangiamenti, e in parte si diminuiscono, in parte si aumentano. In fatti, i genitori e gli altri ascendenti possono:

1. Testare in scritto e a voce, osservando la forma del testamento ordinario, e istituir così come eredi, non solo i loro discendenti, ma anche altre persone (*extranei*) o onorarli di un legato.

2. Ma se vogliono porre in essere un testamento scritto e non istituire che i loro discendenti, non abbisognano di testimonj; è indifferente del pari che scrivano di per sè, o facciano scrivere da altri il testamento; ma in ogni caso è necessario indicare, a principio del testamento, l'epoca della confezione, e di fare scrivere dal testatore stesso, i nomi dei discendenti istituiti e la porzione ereditaria di ciascun di essi, non in cifre ma per l'intiero (6). Questo testamento, che fa parte dei privilegiati, è detto *testamentum parentum inter liberos* (7). Non è dubbio che i genitori non possono, in testamento

---

(1) Cost. 31, C. VI, 23.

(2) Thibaut, *Système*, §. 710. - Schweppe, *Pandectes*, §. 821.

(3) Cost. 8, C. VI, 23. Altri autori che leggono *oppressis* in luogo di *oppressos*, dicono che questa Costituzione deve essere intesa in questo senso, che tutti i testimonj debbono in vero esser presenti, ma che essi non sono tenuti di stare nella medesima stanza dell'ammalato.

(4) Cap. 11, X, 3, 26. - Il diritto romano esigeva la forma del testamento ordinaria. Cost. 13, C. I, 2.

(5) Molti autori pensano intanto che bisognerebbero almeno due o tre testimonj per la forma, come per il testamento scritto, per esempio, Thibaut, *Système*, §. 707. - Mühlenbruch, *Doct. Pand.* §. 504, nota 5; ma l'ultime parole del cap. 11, X, 3, 26, indicano chiaramente che i due o tre testimonj non sono richiesti che per la *prova* del testamento.

(6) Nov. 107, c. 1. Se l'ascendente non sa scrivere, il diritto romano gli permette pure di testare *inter liberos* osservando le formalità ordinarie.

(7) Nov. 107, c. 1. - H. Schrœder, *De privilegiatis parentum inter liberos di-*

di tal fatta, diseredare i figli e dar loro un tutore.

3. La semplice divisione che i genitori fanno tra loro figli (*divisio parentum inter liberos*) differisce da questa specie di testamento. Infatti, in questa divisione, i discendenti ereditano ab intestato dai loro ascendenti che, per disposizione d' ultima volontà, si contentano di designare la parte ereditaria di ciascuno dei lor figli. Questa divisione è valida, ove sia firmata dall'ascendente che la fa o dai figli contemplati (1).

§. 684. Testamenta reciproca et correspectiva.

Dobbiamo ancora parlare dei testamenti fatti da due o più persone nel contesto medesimo (2), per la confezione dei quali non debbono che una sol volta osservarsi le ordinarie formalità, tranne la requisizione dei testimonj (*rogatio testium*), che ogni testatore deve fare separatamente.

Si annovera fra questi testamenti:

1. I *testamenti reciproci (testamenta reciproca)*, in cui due persone si istituiscono a vicenda eredi in un solo e medesimo atto; ciò avviene sovente fra conjugi (3).

2. I testamenti detti *correspectiva*, nei quali ciascun testatore fa dipendere la validità della sua disposizione dalla condizione che l'altro non cangerà la sua (4).

TITOLO TERZO

Del contenuto dei testamenti.

§. 685. I. *Istituzione dell'erede.*

Ogni testamento deve essenzialmente contenere l'istituzione dell'erede diretto *(heredis directi institutio)* (5). Questa istituzione è talmente necessaria, che mancando per intiero o essendo invalida, la disposizione d'ultima volontà non può aver forza di testamento (6). L'istituzione non può farsi in un codicillo, ma solo in un testamento (7).

§. 686. A. *Della capacità dell'erede istituito* (8).

Colui che dal testatore viene istituito erede diretto deve essere una

---

spositionibus. Jenæ, 1819. - M. J. Euler, *Comm. De testamento et divisione parentum inter liberos*. Berolini, 1820. C. G. Müller, *Diss. De testamento parentum inter liberos privilegiato*. Lips. 1826.

(1) Nov. 18, c. 7. - Nov. 107, c. 3. - J. H. A. Franckenfeld, *Diss. De discrimine nudæ divisionis et testamenti parentum inter liberos*. Gœtt. 1792.

(2) Nel principio il diritto romano non accordava questa facoltà che ai soldati. Cost. 19, C. II, 3, ed in seguito ai conjugi. C. Nov. Valentin. *De testam.* (inserita nel *Jus. civ. Antejust.* Berol. Vol. II, p. 1320).

(3) J. S. Stryck, *De test. conjugum reciprocis*. Halæ, 1702.

(4) H. L. C. Bœttger, *Diss. de natura et indole testamenti correspectivi*. Marburg. 1793.

(5) §. 34, J. II, 20. « Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio ». Cost. 14, C. VI, 23.

(6) Fr. 1, §. 3, D. XXVIII, 6. « Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet ».

(7) §. 2, 1, J. II, 25. - fr. 2, §. 4; fr. 10, D. XXIX, 7. - Cost. 2, 7, C. VI, 36. - Ma se l'istituzione dell'erede è fatta nel testamento niente impedisce di nominare l'erede anche nel codicillo; fr. 77, D. XXVIII, 5.

(8) Ulpiano, XXII, 1-13. Ist. 11, 14.

persona capace, ed aver come lui la testamenti-fazione (*quocum testamenti factio est*) (1), che i moderni dicono *passiva* (*test. fact. passiva*). Quegli che è assolutamente incapace ad ereditare, comunque entri nella successione di un defunto, non può essere istituito erede nel testamento. Non si possono istituire, in oltre, nè gli *schiavi* nè i *non romani* (2), nè certe altre persone, capaci in se stesse a succedere, ma inabili ad essere istituiti eredi nel testamento di certe persone e in casi determinati. Come:

1. Il principe, sotto condizione di continuare una lite contro un particolare (3).

2. Il conjuge in seconde nozze, che non può ricevere più del figlio di primo letto (§. 536).

3. La vedova che si rimarita nell'anno della vedovanza, non può dare al secondo marito che la terza parte dei suoi beni, tutt'al più.

4. Quegli con cui il testatore vive in adulterio, e i figli nati da tal unione non possono essere istituiti eredi (4).

5. Colui che ha discendenti legittimi non può dare ai figli nati da concubinaggio e alla madre loro che la dodicesima parte della successione; e solo quando non ha che degli ascendenti, può loro lasciare ogni rimanente, deduzion fatta dalla quota legittima dovuta a questi ascendenti; non avendo poi nemmeno ascendenti, può istituirli eredi nella universa successione (5).

6. L'antico diritto dichiarava interamente incapaci le persone incerte; il diritto nuovo permette che siano istituite, purchè divengano certe in appresso (6).

7. Le comunità ed altre persone morali, erano del pari, per l' antico diritto, dichiarate incapaci, ma per diritto nuovo possono essere istituite, ove siano riconosciute dallo Stato (7). Lo stesso dicasi degli stabilimenti di beneficenza, quando la loro esistenza è autorizzata dallo Stato, o confermata dopo la lor fondazione e istituzione nel testamento.

In tal caso la fazione passiva del testamento deve esistere, per parte dell' erede istituito, dall' epoca della confezione del testamento, fino a quella in cui gli è deferita la successione,

---

- Dig. XXVIII, 5. - Cod. VI, 24, 25. - Doneau, *jur. civ.* VI, 17.

(1) §. 14, J. II, 9. - Il soldato che testa *jure militari* può instituire anche una persona incapace, fuori che *turpes mulieres*; fr. 13, §. 2; fr. 41, §. 1, D. XXIX, 1. - Cost. 5, C. VI, 21.

(2) Lo schiavo non poteva essere instituito nella sua qualità di schiavo; fr. 3, D. XXIV, 8. - Colui però che instituiva erede il suo schiavo dandogli la libertà testava validamente; lo schiavo diveniva libero di pieno diritto ed era obbligato di divenire erede del suo padrone (*heres necessarius*). - Gajo II, 153-155. - Ulpiano, XXII, 7-13. - pr. §. 1, J. II, 14. - §. 1, J. II, 19. - Cost. 1, C. VI, 27. - Vedi sopra il §. 681. - Ma se si instituiva lo schiavo altrui, dipendeva dal di lui padrone l'accettazione o renunzia della successione che gli era devoluta per mezzo del suo schiavo. §. 1, J. II, 14. - Ulpiano, XXII, 9. - Non si potevano instituire i forestieri (*peregrini*); fr. 6, §. 2, D. XXVIII, 5. - Cost. 1, C. VI, 24.

(3) Fr. 91, D. XXVIII, 5. - §. 8, J. II, 17.

(4) Cost. 6, C. V, 5. - Auth. *Ex complexu*, C. ivi.

(5) Nov. 89, c. 12. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. I, §. 134.

(6) Gajo, II, 238, 287. - Ulpiano, XXII, 4; XXIV, 18. - §. 25-28, J. II, 20. - fr. 29, pr. D. XXVIII, 2. - Cost. 49, C. I, 3. - Cod. VI, 48. - Nov. 139, c. 9. - C. Rau, *Historia juris civilis de personis incertis ex testamento heredibus*. Lips. 1784. - I poveri di una località potevano essere instituiti; fr. 20, D. XXXIV, 5. - Vinnio, *Inst.* sopra il §. 25, J. II, 20. - Riguardo al caso « Si ex certis personis incertæ personæ aliquid legatur ». Vedi §. 25, J. *h. t.*

(7) Ulpiano, XXII, 5. - fr. 20, D. XXXIV, 5. - fr. 26, D. XXXVI, 1. - fr. 122, D. XXX. - Cost. 1, C. I, 2. - Cost. 8, 24, C. VI, 24.

e continuare a sussistere da quest'epoca fino all'adizione dell'eredità (1). Quanto alle persone incerte, basta che abbiano capacità al momento in cui cessa la loro incertezza, e serve agli stabilimenti pii fondati e istituiti nel testamento, d'esser confermati dallo Stato.

§. 687. B. *Della designazione dell' erede.*

La persona istituita deve essere esattamente designata; è dunque necessario che l'erede sia nominato col suo vero nome, o in guisa designato che non rimanga dubbio di sorta sulla persona (2). Adempita questa condizione, poco importa che il nome sia falsamente indicato, o che la descrizione di lui non sia vera in ogni sua parte (3).

§. 688. C. *Del modo d' istituire* (4).

L'istituzion dell'erede può farsi:

1. Puramente e semplicemente.

2. Sotto condizione sospensiva, possibile e lecita (5). In tal caso la successione non si deferisce all' erede che al purificarsi della condizione (6). Qualunque condizione resolutiva (7), impossibile, contraria ai principj d'onestà o buon costume, si ha come non scritta, tranne la condizione negativa, che vuol essere adempita (8), mentre la condizione stravagante e interessata annulla l'istituzione (9). L'istituzione non può dipendere dalla volontà d'un altro, ma può soggettarsi alla condizione che un altro faccia una cosa dipendente dalla sua volontà (10).

3. L'istituzione dell'erede può an-

---

(1) §. 4, J. II, 19. - Cpr. fr. 49, §. 1; fr. 59, §. 4; fr. 62, pr. D. XXVIII, 5. - fr. 210, D. L, 17.

(2) §. 29, J. II, 20. - fr. 9, pr. §. 8; fr. 62, §. 1, D. XXVIII, 5. - Paul, III, IV, B. 3. - fr. C. Conradus, *De voluntate testatoris dubia*. Helmst. 1736.

(3) §. 29, J. II, 20. - fr. 48, §. 3; fr. 62, §. 1, D. XXVIII, 5. - Cost. 5, 14, C. VI, 24.

(4) Dig. XXVIII, 7. - XXXV, 1. - XXXIV, 6. - Cod. VI, 45, 46. - VI, 41. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 18, 19.

(5) §. 9, J. II. 14. - P. A. Cloquette, *Diss. de conditionibus, quæ in testamento scribuntur jure romano*. Lovanio, 1824. - L' instituzione può essere egualmente subordinata a *molte* condizioni. Allora bisogna esaminare se debbano tutte essere adempite per dar luogo alla delazione della successione, o se basta, che ne sia adempita una sola. §. 11, J. ivi. - Quanto al lasso di tempo entro il quale debba essere adempita la condizione, vedi A. E. Endemann, *Comm. de implendæ conditionis tempore*. Marb. 1821.

(6) Fr. 5, §. 2, D. XXXVI, 2. - Se il fatto, che serve di fondamento alla condizione è di natura da imporre all' erede o al legatario una omissione, durante la di lui vita, o un fatto da eseguirsi a epoche determinate, egli acquista immediatamente la successione o il legato purchè dia cauzione per il caso che egli agisse in contrario alla condizione: questa cauzione è detta *cautio Maciana*; fr. 7, pr. D. XXXV, 1. - Cpr. fr. 77, §. 1; fr. 79, §. 2; fr. 67; fr. 72, pr.; fr. 73; fr. 101, §. 3, D. ivi. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII, 33. - Majansius, *De cautione Muciana*; in *Disput. juris*, II, n. 40. - J. Büchner, *De usu cautionis de Mucianæ ad solas libertates, quas testator sub conditione negativa in heredem vel legatarium contulit non restringendo*. Gœtt. 1789. Zimmern, *De cautione Muciana*. Heidelb. 1818. - C. J. Stübel, *Diss. De cautione Muciana*, Lips. 1824.

(7) La ragione per cui la condizione resolutoria non è valida in una instituzione di erede, si trova nella regola; *semel heres, semper heres*; fr. 7, §. 10, in fine, D. IV, 4. - fr. 88, D. XXVIII, 5. - Ma una simile condizione è ammessa nel testamento di un soldato. Arg. fr. 15, §. 4; fr. 41, pr. D. XXIX, 1. - Cost. 8, C. VI, 21.

(8) §. 10, J. II, 14. - fr. 1, 8, 9, 14, 20, 27, D. XXVIII, 7. - fr. 45, D. XXVIII, 5. - fr. 6, §. 1, D. XXXV, 1. - Cost. un. C. VI, 41.

(9) Fr. 16, D. XXVIII, 7. - fr. 70, 71, pr. D. XXVIII, 5. - fr. 64, D. XXX. - L. W. Bruynen, *Diss. de captatoriis institutionibus*. Lugd.-Bat. 1823.

(10) Fr. 32, pr.; fr. 68, D. XXVIII, 5.

dar soggetta a un termine che non sorte effetto se non quando l' erede è istituito *ex die incerto;* il termine si considera allora come una condizione (1); per lo contrario, nell' istituzione fatta *ex die certo* o in generale *in diem* il termine si ha come non scritto (2).

4. Il testatore può del pari indicar la causa che lo ha indotto a istituire una tal persona, e poco generalmente giova che i fatti i quali han dato vita alla istituzione, non sieno conformi al vero (3). Questa regola incontra però due eccezioni: la prima, quando si può provare che il testatore si è fondato sopra un errore; in tal caso l' istituzione è nulla per causa falsa (*falsa causa*) (4); la seconda, allorquando la causa si annunzia in forma di condizione; allora la condizione vuol essere eseguita (5).

5. L'istituzione può farsi imponendo l'obbligo all'erede d'impiegare la eredità in tutto o in parte ad un fine determinato *(modus)*; l'erede che accetta la successione deve raggiungere questo fine, ove sia moralmente o fisicamente possibile; a meno che l' erede istesso non siavi solo interessato (6).

6. Dipende infine dalla volontà del testatore d'istituire l'erede puramente e semplicemente *sine parte*, o *ex parte* o *e re certa* (7).

§. 689. D. *Della porzione legittima.* 1. *Nozione.*

Dipende generalmente dalla volontà del testatore d' istituire nel suo testamento chi più gli aggrada. Vi sono però dei parenti prossimi ch'egli non può escludere per intero dalla sua successione, senza causa particolare, ed ai quali è obbligato a lasciare una certa porzione dei suoi beni, detta *porzione legittima (portio seu pars legitima)* (8), se non esiste sufficiente ragione che l' autorizzi ad escluderli interamente dalla successione; al di là di questa porzione legittima, il testatore può disporre del rimanente del suo patrimonio a suo talento (9).

---

(1) Fr. 75, D. XXXV, 1. - « Dies incertus conditionem testamento facit »; fr. 4, pr.; fr. 22, pr. D. XXXVI, 2.

(2) §. 9, J. II, 14. - fr. 34, D. XXVIII, 5. - L' instituzione *ad diem* è ammessa nel testamento di un soldato; fr. 15, §. 4; fr. 41, pr. D. XXIX, 1. - Cost. 8, C. VI, 21.

(3) Fr. 17, §. 1, D. XXXV, 1. - fr. 93, §. 1, D. XXXII.

(4) Fr. 72, §. 6. D XXXV, 1. - Cost. 4, C. VI, 24. - Cpr. Cod. VI, 44.

(5) §. 31, J. II, 20.

(6) Fr. 17, §. 4, D. XXXV, 1. - fr. 71, pr. D. ivi. - Mühlembruch, *Doct. Pand.* §. 632.

(7) §. 4, J. II, 14. - Quanto alla *divisione della successione*, allorchè il testatore ha stabilita, o nò, la parte di ciascheduno, vedi §. 5-8, J. ivi. - fr. 17, §. 5; fr. 18; fr. 59, §. 2, D. XXVIII, 5. - Cost. 23, C. VI, 37. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 22, 23. - Heineccio, *Antiq. rom.* II, 14, §. 5, 6. - Sopra all' erede *e re certa scriptus*, vedi fr. 35, D. XXVIII, 5. - Cost. 13, C. VI, 24. - J. Volkmann, *Diss. de heredibus e re certa scriptis.* Lips. 1827.

(8) Paul, IV, 5. - Cod. Greg. II, 8. - Ist. II, 18. - Dig. V, 2. - Cod. III, 28. - Nov. 18, c. 1. - Nov. 115, c. 3, 4. - Doneau, *Comm. jur. civ.* XIX, 4. - C. Chifletius, *De portionibus legitimis;* in Otton *Thes.*, vedi p. 721. - J. O. Westenberg, *Diss. quatuor de portione legitima.* In operibus. Hann. 1746, t. I, n. 11. - C. F. Zepernick, *Hist. jur. civ. de legitima portione parentum.* Halæ, 1773. - C. Mœller, *De la portion légitime*, parte seconda, Amberg. 1801, 1806. - A. Cralle, *Comm. historico-juridica de portione legitima.* Præfatus est L. A. Warnkœnig. Bunnæ, 1820. - Cpr. pariment. Ed. Schrader, *Comm. de nexu successionis ab intestato et querelæ inoff. test.* Gœt. 1802. - C. A. Kleuz, *Diss. querelæ inoff. testamenti natura ex principiis juris romani antejustinianæ eruta.* Spec. I, Berol. 1821. - W. Francke, *Le droit des héritiers légitimaires.* Gœtt. 1831. - Mühlenbruch, *Continuation des Comm. de Glück*, parte 35. e 36. - Vedi pure le opere indicate ai §§. 658 e 661.

(9) Il soldato che testa *jure militari* non è tenuto d' aver riguardo alle disposizioni relative agli eredi legittimarj; purchè egli abbia conosciuto la loro esi-

§. 690. 2. *Persone aventi diritto alla legittima.*

Le persone cui è dovuta la porzione legittima, sono:

1. I discendenti naturali del testatore che avrebbero succeduto ab intestato; così, i figli legittimi e legittimati di padre e madre e degli avi delle due linee, hanno diritto di ripeterla da queste persone, e i figli illegittimi, solo dalla madre e avi materni (1). Quanto ai figli adottivi:

a) Gli arrogati e adottati da un ascendente possono ripetere la legittima dal lor padre adottivo (2), ma relativamente alla successione del lor padre naturale, bisogna esaminare se, a tenore della Novella 118, succedono al padre loro come figli, o solo come cognati (3).

b) Gli adottati da un estraneo (*ab extraneo*), hanno diritto alla legittima del lor padre naturale, senza che la possano pretendere dall'adottivo (4).

c) Per lo contrario, gli adottati da una donna, son del pari in diritto di esiger la legittima dalla lor madre adottiva (5).

2. In mancanza di discendenti, gli ascendenti naturali del testatore, purchè succedano ab intestato (6), quindi i fratelli e sorelle germane e consanguinee del testatore (*germani et consanguinei*) hanno diritto alla legittima; ma perchè i fratelli e sorelle abbiano questo diritto, bisogna che il testatore abbia istituito una *persona turpe* (*persona turpis*) (7). I fratelli e sorelle *uterini* (*uterini*) (8) e i nipoti non hanno alcun diritto alla legittima (9).

§. 691. 3. *Della quota della legittima.*

La legittima è sempre una parte della porzione dei beni, la quale avrebbe avuto chi è in diritto di reclamarla, succedendo ab intestato (10).

---

stenza. §. 6, J. II, 13. - Cost. 9, 10, C. VI, 21. - Cpr. Cost. 17, ivi e Cost. 37, C. III, 28.

(1) Pr. §. 1, J. II, 18. - fr. 29, §. 1, 3, D. V, 2. - §. 5, J. II, 13.

(2) §. 4, J, II, 13. - §. 2, J. II, 18. - Cost. 10, C. VIII, 48.

(3) Vedi di sopra il §. 616. - Vi sono autori che loro ricusano ogni legittima del loro padre naturale. - Thibaut, *System.* §. 810. - Glück, *Comm.* parte settima, p. 11.

(4) Cost. 10, pr. §. 1, C. VIII, 48.

(5) Perchè la Cost. 5, C. ivi, gli assomiglia ai figli naturali. - Glück, *Comm.* parte settima, p. 372.

(6) §. 1, J. II, 18. - fr. 1; fr. 15, pr.; fr. 30, pr. D. V, 2.

(7) Eppure un autore ha cercato contro questa opinione quasi generalmente ricevuta dai moderni di provare, che in diritto romano i fratelli e le sorelle non hanno alcun diritto ad una legittima propriamente detta e determinata, ma che hanno solamente diritto d'intentare la querela del testamento inofficioso, se sia stata loro preferita una persona turpe, per fargli restituire tutto ciò che ella avesse ricevuto, qualunque ne sia la quantità. Glück, *Comm.* parte 35. p. 95, e seg.

(8) Cost. 27, C. III, 28. - Sopra l'antico diritto; fr. 8, §. 5, D. V, 2. - Cost. 1, 3, C. Teod. II, 19, e Cost. 21, C. III, 28. - J. V. Trummer, *Diss. de querela inofficiosi testamenti fratribus uterinis non deneganda.* Erlang. 1783. Questo autore la pensa differentemente: Vedi contro la sua opinione H. Lorenz, *Diss. utrum Nov.* 118, *c.* 4, *legi* 27, *C. de inoff. test. abroget, fratribusque uterinis legitima relinquenda sit, nec ne*? Gœt. 1784. - Hœpfner, *Comm.* §. 473, *a*, nota *b*. - Glück, *Comm.* parte settima, p. 12, e seg.

(9) È vero che la gran maggiorità dei Giureconsulti nega la legittima, e la querela dell'inofficioso testamento ai figli dei fratelli e sorelle, lo che non è dubbio a tenore dell'antico diritto. §. 1, J. II, 18. - fr. 1, D. V, 2. - Cost. 21, 27, C. III, 28; ma è dubbiosissimo se questo diritto sia applicabile a loro a forma delle nuove disposizioni della Nov. 118, c. 3, intorno al diritto di successione intestata dei figli dei fratelli e delle sorelle.

(10) Madhin, *De portione legitima non portione portionis ab intestato debitæ.* Francf. a V. 1788. Contro Glück, *De constituenda legitimæ portionis parentum quantitate.* Nell'Opusc. Fasc. 3, e *Comm.* tom. VII, pag. 29-60.

In principio si compose, per analogia della legge Falcidia, in ogni caso, della quarta parte, qualunque si fosse il numero delle persone (1). Ma in appresso, Giustiniano aumentò la porzione legittima in favore dei discendenti del testatore, ordinando, che ove esistessero quattro o meno di quattro discendenti del testatore aventi diritto alla legittima, giungesse questa a un terzo della porzione intestata, e alla metà ove fossero più di quattro (2). I discendenti che succederebbero ab intestato per stipite si contano secondo il numero di questi stipiti, e non mai per capi; di guisa che le persone appartenenti al medesimo stipite non formano che una sola persona (3). La legittima degli ascendenti, fratelli e sorelle non ha subìto cangiamenti, ed è ancora della quarta parte della loro porzione ab intestato (4).

§. 692. 4. *Della computazione della legittima.*

Stabiliremo i seguenti principj sulla legittima e sua computazione.

1. Per determinare la sua quota, bisogna considerare l'epoca della morte del testatore, tanto relativamente ai suoi beni, che relativamente alle persone e lor numero (5).

2. La legittima non può calcolarsi che su i beni del defunto, deduzion fatta da tutti i debiti (6).

3. Per determinare se la legittima è della metà o di un terzo solamente della porzione ab intestato di colui che la reclama, necessita contare tutte le persone che avrebbero succeduto al testatore, ov' egli fosse morto ab intestato, in conseguenza i diseredati (7) e la vedova indigente.

4. La legittima è una porzione della successione del defunto; quegli adunque cui essa ritorna, non può esigerla che dopo la morte di colui al quale ha diritto di chiederla (8), e si deve generalmente computare tutto ciò che il defunto gli ha lasciato per qual siasi titolo, sia per istituzion d'erede, sia per legato, sia per donazione a causa di morte (9); ma la donazione tra vivi non entra in questo computo, tranne quando gli sia stato donato espressamente sotto questa condizione (10).

5. Colui che deve lasciar la legit-

---

(1) §. 6, J. II, 18. - fr. 18, §. 6, 8. D. V, 2. - Cost. 29, C. III, 28. Per questa ragione nelle Pandette e nel Codice vien detta ordinariamente *quarta*, o anche *Falcidia*. Cost. 31, ivi.

(2) Nov. 18, c. 1. D'onde quei noti versi:
Quatuor aut infra natis *dant jura trientem,*
Sed dant semissem liberis, *si quinque vel ultra.*

(3) Tale è almeno l' opinione generale. Glück, *Comm.* t. VII, p. 60. Ci sono degli autori i quali nella legittima di un ascendente non guardano al numero degli stipiti in generale, ma a quello delle persone in *quello* stipite, cui il discendente appartiene; di maniera che a parer loro, per esempio, un figlio viene alla successione co' figli di un figlio premorto, la legittima del figlio sarà del terzo, quella dei nipoti della metà della porzione intestata.

(4) Il più degli autori sono in vero di un' opinione differente; pretendono che la maggiorità della legittima, secondo la Nov. 18, c. 1, si referisca a tutti quelli, che hanno diritto ad esigerla. Glück, *Comm.* tom. VII, p. 27.

(5) Cost. 6, C. III, 28. Questa Costituzione e le seguenti parlano veramente anche dell' antica legittima, ma Giustiniano non ha fatto alcun cangiamento su questo riguardo.

(6) Fr. 8, §. 9, D. V, 2. - fr. 39, §. 1, D. L, 16.

(7) Fr. 8, §. 8, D. V, 2. - Ciò appunto si esprime d'ordinario colle parole seguenti: « Exhæredatus numerum facit ad augendam et partem facit ad minuendam legitimam ».

(8) Giusta la regola « hæreditas defuncti non datur ». Vedi più sopra il §. 605.

(9) Fr. 8, §. 6, D. V, 2. - Cost. 29, 30, pr. C. III, 28.

(10) Fr. 25, pr. D. V, 2. - Cost. 35, §. 2, C. III, 28. - Cost. 20, §. 1, C. VI, 20.

tima, non può, per donazioni tra vivi, diminuire i suoi beni in guisa da renderla nulla, o anco diminuirla. La donazione che contravviene a questo principio dicesi *donazione inofficiosa (donatio inofficiosa)*. Siffatta qualità della donazione si deve determinare all'epoca in cui fu posta in essere (1).

6. Infine la legittima deve provenire dalla sostanza della successione (2); e non può onerarsi, nè per condizione, nè per termine (3), nè per altro peso qualunque; come, d'una condizione, d'un legato o d'un fidecommesso; tutte queste modalità si riguardano come non scritte (4).

§. 693. E. *Della necessità d'istituire, o discredare certe persone* (5). 1. *Chi sono queste persone.*

Gli eredi legittimarj sono generalmente tutte le persone alle quali un testatore deve necessariamente aver riguardo; nullameno evvi tra queste una differenza notabilissima. In fatti, i discendenti e gli ascendenti debbono o esser formalmente istituiti eredi, o essere espressamente esclusi dall'universa successione (6). Anche allorquando non ricevono che la loro porzione legittima, essi debbono nullameno in ogni caso, essere istituiti. Ma allorquando sono istituiti, nulla impedisce perchè la quota della lor legittima non sia lor lasciata in altro modo qualunque; come, per legato (7). E precisamente perchè gli ascendenti e discendenti del defunto debbono essere formalmente istituiti, o espressamente esclusi, così diconsi *eredi legittimarj*, in senso stretto (8). I fratelli e sorelle hanno diritto alla legittima, quando è stata istituita una persona turpe, ma non è necessario istituirli o escluderli espressamente (9); in tal caso, basta, che la legittima sia loro lasciata in un modo qualunque. Non son dunque essi eredi

---

(1) Vedi sopra al §. 427, e gli autori ivi accennati, n. 5.

(2) Cost. 36, §. 1, C. III, 28. - Pure se quello, il quale ha diritto alla legittima è instituito *in re certa*, non ha diritto a chiedere la divisione di tutti i beni della successione: nè può esigere se non se la valuta di ciò che gli è stato lasciato, e secondo le circostanze, un compimento per conguaglio della sua porzione.

(3) Cost. 32, 33, pr. C. III, 28. - Nov. 18, c. 3. - Nonostante si può imporre peso a chi riceve la legittima, quando in compensazione di questo peso gli si dà un vantaggio a condizione espressa che non ne profitterà se ricusa il peso. Ciò è quel che si dice *cautela Socini*, dal nome di *Mariano Socino il giovane*, giureconsulto italiano, che visse alla metà del secolo XVI; egli, il primo, la dichiarò ammissibile in una consultazione sopra un testamento che la conteneva.

(4) La Cost. 12, C. III, 28, contiene un'eccezione.

(5) Ulpiano, XXII, 14-23. - Gajo, II, 123-137. - Ist. II, 13. - D. XXVIII, 2. - Cod. VI, 28, 29. - Per il diritto nuovo principalmente la Nov. 115, c. 3, 5. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 12, 15. - G. Noodt, *De liberorum exhæredatione et præteritione*. Lugd.-Bat., 1692. - L. van de Poll, *De exhæredatione et præteritione romana et hodierna*. Amstelod. 1700. - A. Heise, *Diss. de successoribus necessariis*. Gœtt. 1802. - I. H. Mayer, *Diss. an et quatenus principia juris romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint?* Gœtt. 1805. - Hübner, *Disput. jur. civ.* I, 9. A. G. Fœrster, *Diss. de bon. posses. liberorum præteritorum contra tabulas parentum*. Præmissa disputatio de suis heredibus jure civili, aut instituendis, *aut exhæredandis*. Vratislav. 1823.

(6) Fr. 30, D. XXVIII, 2. - Nov. 115, c. 3, pr.

(7) Cost. 30, pr. §. 1, C. III, 28. - Cpr. Nov. 115, c. 3, pr.

(8) I moderni gli chiamano egualmente *eredi necessarj*, *heredes necessarii*, ma questa espressione presa nel suo senso non è conforme alle fonti, perchè l'erede necessario in diritto romano è quello che deve necessariamente divenire erede, quando una successione gli è deferita per un motivo qualunque. Vedi più oltre i §§. 680, 681.

(9) Perchè Giustiniano nulla ha variato col §. ultimo, J. II, 18, e colla Nov.

legittimarj nel senso stretto (1), che noi annettiamo a questa espressione.

§. 694. 2. *Specie d'esclusione.*

Quindi gli eredi legittimarj debbono essere o espressamente istituiti, o formalmente esclusi. L'esclusione dall'universa successione è, per diritto romano, o una *eseredazione (exheredatio)* o una *omissione (præteritio)*.

L'eseredazione è la dichiarazione espressa del testatore che un erede legittimario sia escluso (*exheres*). Non può essa farsi che in un testamento, e non può andar soggetta, egualmente che l'istituzione d'un erede legittimario, a condizione di sorta (2); deve in oltre esser fatta *ab omnibus heredibus et ab omni gradu* (3).

Colui che non è formalmente istituito o diseredato dicesi *præteritus* (4). Il padre è sempre obbligato, a pena di nullità, d'*eseredare* gli eredi suoi *(sui)* e postumi *(postumi)* (5), come gli emancipati; ma la madre può *omettere*, e *passar sotto silenzio* (*præterire*) i suoi figli, e lo stesso dicasi di questi in riguardo ai lor genitori (6). Dopo le disposizioni di Giustiniano, l'eseredazione e l'omissione non si ammettono senza legittima causa, la quale deve indicarsi nel testamento (7).

§. 695. 3. *Cause d'esclusione.*

A. Le cause che autorizzano gli ascendenti a diseredare o passar sotto silenzio i discendenti sono le appresso (8):

1. Se i discendenti danno luogo contro gli ascendenti a vie di fatto.
2. Se gli lanciano ingiurie gravi.
3. Se gli accusano di delitto, che non sia contro lo stato o contro il principe.
4. Conversando con propinatori di veleni, o propinandoli
5. Attentando alla vita dei loro ascendenti con veleno, o in tutt'altro modo qualunque.
6. Se il figlio abbia avuto commercio illecito colla moglie o colla concubina di suo padre; questo principio si applica del pari al caso del nipote colla moglie dell'avo, ma non già a quello della figlia col marito di sua madre.

18, c. 1, in ciò che riguarda i fratelli e sorelle, al diritto antico, con cui si poteva lasciar loro la legittima in qualunque maniera si fosse.

(1) La vedova indigente non appartiene a questi eredi legittimarj, cioè non è necessario che ella sia nominata per la sua parte e porzione.

(2) Fr. 3, §. 1, D. XXVIII, 2. - fr. 18, D. XXXVII, 4. - fr. 62, in fine D. XXVIII, 5. - fr. 15, D. XXVIII, 7. - Nonostante un erede suo può esser diseredato sotto una condizione, quando egli è stato nominato per il caso in cui la condizione non si verificherà: perchè allora egli non è stato passato sotto silenzio in alcun caso, sia che si adempia la condizione, sia che ella non si adempia; fr. 86, D. XXVIII, 5. - Cost. 4, C. VI, 25. - L'instituzione condizionale di un erede legittimario, senza la diseredazione per il caso contrario, è parimente permessa, quando la condizione posa sopra un fatto puramente volontario per parte dell'erede legittimario; fr. 86, cit. - fr. 20, §. 4, D. XXXVIII, 2. - fr. 1, §. 8, D. XXIX, 4. - fr. 13, D. XXXVII, 4.

(3) Fr. 3, §. 2-4, D. XXVIII, 2.

(4) §. 12, J. III, 1. « Liberis *præteritis*, id est, neque heredibus institutis, neque, ut oportet, exheredatis ». Quid, se l'erede passato sotto silenzio muora prima del testatore? Vedi Gajo, II, 123. - fr. 12, pr. D. XXVIII, 3. - Quid, se egli si astiene? - fr. 17, in fine, D. XXVIII, 3.

(5) *Sui heredes*, eredi suoi, sono riguardo all'instituzione e alla diseredazione, come pure riguardo alla successione intestata, quelli che si sono trovati sotto la patria potestà immediata del testatore fino al momento della sua morte, o che vi si sarebbero trovati se fossero nati al momento della di lui morte (postumi).

(6) Ulpiano, XXII, 14-23. - Gajo, II, 135. - Ist. II, 13.

(7) Nov. 115, c. 3, 5. - F. C. Weichsel, *Diss. de præteritione justa adiecta causa.* Giess. 1797.

(8) Nov. 115, c. 3.

7. Se il figlio o il nipote accusano falsamente gli ascendenti, e loro cagionano perciò una perdita considerevole nel patrimonio.

8. Se il figlio o il nipote, potendo, si rifiutano di liberare o prestar cauzione pel padre o per l'avo imprigionati per debiti, per quanto essi glie ne abbiano fatte premure.

9. Se un discendente ha impedito ai suoi ascendenti di fare un testamento, o di modificare il già fatto (1).

10. Se il figlio, contro la volontà dei genitori, si è associato ad una compagnia di gladiatori o di mimi (*arenarii*, *mimi*) e vi è rimasto a malgrado le loro persuasioni.

11. Se la figlia o la nipote che poteva contrarre convenevole matrimonio, e alla quale i genitori offrivano dote, nega di maritarsi e si abbandona a vita meretricia; tranne se i genitori abbiano impedito il matrimonio, non ostante la maggiorità della figlia (2).

12. Se i figli non si sono presi cura dello stato d'alienazione del loro ascendente, tenendolo presso di sè (3).

13. Se non l'hanno redento dalla schiavitù (4).

14. Se i discendenti di genitori ortodossi son divenuti di setta eretica.

B. I discendenti possono diseredare o passar sotto silenzio i loro ascendenti per gli appresso motivi (5):

1. Se sono stati dagli ascendenti accusati di delitto capitale, a meno che non sia contro lo stato o contro il principe.

2. Se gli ascendenti hanno attentato alla vita loro con veleno, in tutt'altro modo qualunque.

3. Se il padre usò commercio illecito colla moglie o concubina di suo figlio.

4. Se i genitori impediscono ai figli di testare di quei beni di cui la legge permette loro di disporre per testamento.

5. Se il padre tenta di togliere al figlio la vita per veleno, o in tutt'altro modo qualunque.

6. Se i figli, o uno di essi divien pazzo, senza che i genitori usino loro le cure necessarie.

7. Se i genitori non adoprano ogni mezzo per redimere il figlio dalla schiavitù.

8. Se i genitori d'un figlio ortodosso si rendono colpevoli d'eresia.

Tranne questi, non vi sono altri motivi atti a giustificare nè la diseredazione, nè l'omissione (6). Egli è ben vero, giusta i principj generali, che la riconciliazione fa cessare l'effetto dell'uno o dell'altro di questi motivi; ma ciò è assai controverso (7).

§. 696. F. *Conseguenze dell'esclusione illegale* (8). 1. *In generale.*

La legge adunque impone certi ob-

(1) In questo caso se i genitori muojono senza poter fare la diseredazione il figlio è escluso dall'ordine della successione, come indegno. Cpr. §. 685.

(2) Un matrimonio celebrato contro la volontà dei genitori non è motivo di diseredazione. Nov. 115, c. 3, §. 11; ma porta la perdita del diritto a domandare una dote.

(3) Se l'ascendente muore in stato di demenza la successione torna a chi lo ha preso presso di sè (§. 628), e ne sono esclusi i figli instituiti nel testamento fatto prima della demenza, come indegni; chi ha prestate le sue cure all'ascendente prende il loro posto, e tutte le altre disposizioni conservano la loro forza. Nov. 115, c. 3, §. 12.

(4) Nov. 115, c. 3, §. 13.

(5) Nov. 115, cap. 4.

(6) Perchè la Nov. 115, c. 3, espressamente dice « ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis opponere, nisi quia in hujus constitutionis serie continentur ».

(7) Arg. §. 12, J. IV, 4. - fr. 11, §. 1. D. XLVII, 10. - Glück, *Comm.* parte settima, p. 217. - Alcuni altri fanno distinzione fra la riconciliazione che ha avuto luogo *prima*, e quella fatta *dopo* al testamento. Hœpfner, *Comm.* §. 478, nota 7. - Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, §. 498.

(8) Oltre le opere citate al §. 654, nota 9, ed al §. 658, nota 3, bisogna osservare i seguenti: Jos. Fernandez de

blighi al testatore riguardo ai suoi eredi legittimarj; ov'egli non gli adempia, le sue ultime disposizioni van soggette a conseguenze diverse:

I. Se gli eredi legittimarj sono istituiti, non possono insorgere contro le disposizioni del testamento, quand' anche il testatore non abbia loro lasciato l' intiera porzione legittima; essi non hanno, in tal caso, che un'azione per farla supplire (1). La stessa regola s' applica ai fratelli e sorelle cui la legittima non fu lasciata per intero (2).

II. Gli eredi legittimarj essendo per affatto esclusi, è d'uopo distinguere l'antico diritto anteriore alla Novella 115 dal diritto nuovo che la susseguì.

A. Secondo l'antico diritto:

1. Gli eredi *passati sotto silenzio* nel testamento del padre loro, potevano, per diritto civile, attaccarlo come *nullo* o *rotto* (*nullum*, *ruptum test.*), secondo che all' epoca della confezione di lui erano già suoi, o non lo erano divenuti che in appresso (*postumi*) (3). Gli emancipati passati sotto silenzio erano ammessi a domandare la *bon. poss. contra tabulas*, la quale in simil caso era del pari accordata agli eredi suoi (4).

2. I figli o suoi, o emancipati, formalmente diseredati dal padre, non potevano invocare che la *querela inofficiosi testamenti*, ov'essi fossero giunti a provare d'essere stati ingiustamente diseredati (*inique*) (5).

3. Poteva del pari attaccarsi per la *querela inoff. test.* il testamento della madre e dei figli (6).

4. Lo stesso avveniva del testamento di fratelli e sorelle, quando il testatore aveva istituito una persona turpe, privando della legittima i fratelli o sorelle (7). La *querela nullitatis*, la *bon. poss. contra tabulas* e la *querela inoff. test.* sortivano l' effetto di rendere il testamento radicalmente nullo (8).

B. Il diritto nuovo o la Novella 115, cap. 3, 5, ordinò:

1. Quanto ai fratelli e sorelle, che sussistesse a tutti i suoi effetti l'antico diritto ad attaccare il testamento per la *querela inoff. test.* (9).

2. Quanto ai genitori e figli, ch'essi

Retes, *Ad tit. de bon. possessione contra tabulas et de inofficioso testamento*; in Meermann. *Thès.* t. VI, p. 489. - Ge. Jos. Stein, *Versuch einer theorisch-praktischen Abhandung über die Lehre des ræm. pflichtwidrigen testamente*. Erlangen, 1798. - J. C. Koch, *Bonorum possessio*. Giessen, 1799, pag. 134, e seg. - Glück, *Comm.* t. VI, VII, §. 535-561. - A. Schweppe, *Diss. de querela inoff. test. successori necessario in genere tali in unquoque casu concedenda nec ne.* Gœtt. 1803. - G. Planck, *Diss. de nexu et habitu inter diversas successionis necessariæ species et differentiis et convenientiis inter eas intercedentibus ex jure novissimo.* Gœtt. 1806.

(1) §. 3, J. II, 18. - Cost. 30, pr.; Cost. 35, §. 2; Cost. 36, C. III, 28. - Nov. 115, c. 5, pr. - Glück, *Comm.* tom. VII, p. 147. - G. L. de Schleinitz, *Comm. de actione qua ad supplendam legitimam agitur.* Gœtt. 1819.

(2) C. Heineken, *Diss. de parentibus et fratribus et Leg.* 30, *de inofficioso testamento agere valentibus.* Helmst. 1762.

(3) Ulpiano, XXII, 14, e seg. - Gajo, II, 123, e seg. - pr. §. 1. J. II, 13. - fr. 30, D. XXVIII, 2.

(4) Ulpiano, XXII, XXIII, XXVIII, 2-4. - Gajo, II, 135. - §. 3. J. II, 13. - fr. 8, pr. D. XXXVII, 4.

(5) Fr. 1-5. D. V, 2. - fr. 10, §. 5, D. XXXVII, 4. - Frattanto in questo caso gli emancipati dovevan prima chiedere la *bon. poss. ex edicto unde liberi*, lo che per questo motivo si diceva egualmente *bon. poss. litis ordinandæ gratia*; fr. 6, §. 2; fr. 7; fr. 8, pr. D. V, 2.

(6) §. 7, J. II, 13. - §. 1, J. II, 18. - Cost. 17, 18, C. III, 28.

(7) Cost. 27, C. ivi.

(8) Ulpiano, XXIII, 16, 18. - §. 1, J. II, 17. - fr. 10, §. 2, D. XXXVII, 5. - fr. 8, §. 16; fr. 28, D. V, 2; fr. 7, D. XXVIII, 2. - Nonostante i legati lasciati nel testamento ai discendenti o agli ascendenti del testatore conservavano i loro effetti nel caso della *bon. poss. contra tabulas*; fr. 1, pr. §. 1; fr. 3, §. 1, fr. 5, §. 2, D. XXXVII, 5.

(9) Unterholzner, *De la prescription*, t. II, p. 65, 66, è di opinione contraria.

fossero sempre nell'obbligo d'istituirsi, e non potessero mai totalmente escludersi, sia per eseredazione, sia per omissione, tranne il caso in cui il testamento facesse menzione d'una delle cause speciali designate dalla Novella. Il testamento di chi non osserva questa disposizione di Giustiniano, può essere attaccato, sia che il testatore non abbia indicata causa di diseredazione, sia che questa causa indicata non si conformi alla legge, sia che per quanto legale, vada contro alla verità. Ma i Giureconsulti non concordano su i mezzi d' attaccarlo:

a) Vogliono alcuni che il testamento debba sempre attaccarsi per la *querela nullitatis ex jure novo* (sistema di nullità puro) (1).

b) Pretendono altri che non si possa che per la *querela inoff. test.* (sistema d'inofficiosità puro); ma l'uno e l'altro scopo non ha che di annullare l'istituzione dell' erede; per ogni rimanente, il testamento conserva i suoi effetti (2).

c) Infine, secondo coloro che tengono un sistema di mezzo fra questi due, il testamento è nullo se niuna causa o per lo meno niuna causa legale è indicata; è per lo contrario inofficioso, allorchè la causa legittima menzionata non è conforme alla verità (sistema misto) (3). Di questi tre sistemi, il secondo sembra meritare la preferenza (4).

§. 697. *Della querela del testamento inofficioso in particolare* (5).
a. *Chi può intentarla.*

La querela del testamento inofficioso può intentarsi dai discendenti del testatore aventi diritto alla legittima. Non esistendo discendenti, o non potendo o non volendo intentar essi la querela, appartiene allora agli ascendenti ai quali la legge accorda una legittima, ed ai fratelli e sorelle germane e consanguinee del testatore, ove una persona turpe sia stata istituita. Quando, nell'un caso o nell'altro, più persone hanno diritto d'intentare l'azione d'inofficiosità, e che una di esse non vuol prevalersene o la trascura, la sua parte s'accresce agli altri (6), e

---

(1) Martino, e Azo nella glossa alla L. 5, D. *de inoff. test.* e all'Aut. col. 8, tit. 16, c. 3, S. V. nominatim et advers. Si autem hæc observata non fuerint. - I. M. Schneidt, *De querela inoff. test. inter parentes et liberos exule.* Wirceb. 1778. - Weber, sopra Hœpfner, *Comm.* §. 525, nota 2. - Thibaut, *Pandectes*, §. 819. Gans, *Scolies sur Gajus*, p. 295. - *Droit de succession*, t. II, p. 92-107, 115, 151. Mühlenbruch, *Pand.* Ed. 3, §. 775, 776.

(2) Cujas, alla Nov. 18, et *Comm. in L.* 3, *de liberis et postum.* - Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 13. - Duareno, *Comm. ad tit. Dig. de inoff. test.* c. 3, (in oper. p. 174). - Vinnio, *Sel quæst.* II, 21. - Vœt, *Comm. ad Pand.* V, 2, §. 23. - Malblanc. *Princ. jur. rom.* tom. III. §. 697. - J. G. Paul du Roi, *De test. ob exheredationem sine elogio factam non ipso jure nullo.* Helmst. 1780. - Hofacker, *Hist. jur. civ. de exheredatione et præteritione.* Tubing. 1782, §. 26. - Koch, *Bon. poss.* p. 140. Glück, *Comm.* parte settima, p. 347. - Valett, *Notherbenrecht*, §. 36. - von Hartitzsch, *Droit de succession*, §. 126. - Unterholzner, *De la prescription*, t. II, §. 170. - Rosshirt, *Droit de succession*, pag. 403.

(3) Bassiano, e Accursio, *In glossa* nota 10, cit. - Faber, in *erroris pragm.* Dec. 14, err. 7. - Madhin, *De successionibus*, §. 141. - Haubold, *Diss. de differentiis inter test. nullum et test. inoff.* Lips. 1784, et in ejusdem *Opusc.* Ed. Venck, V. I, p. 1.

(4) Lo prova già l' espressione « *rescisso seu evacuato testamento* » la quale non s' impiegava nell' antico diritto se non parlando del *testamento inofficioso.* Le parole « *quantum ad institutionem heredum pertinet* » non sono che una restrizione della legge nuova portata all' effetto della rescissione. - Giuliano, *Epitomen*, *Nov.* 115, non parla sempre in questo caso che del testamento inofficioso.

(5) Vedi le opere già citate ai §§. 654, 658, 661; e poi Doneau, *Comm. jur. civ.* XIX, 3, 10. - Glück, *Comm.* t. VII, §. 552-561.

(6) Fr. 16, pr.; fr. 17, pr.; fr. 23, §. 2, D. V, 2.

se tutti gli aventi diritto non possono o non vogliono intentarla, passa in colui, o in coloro che dopo questi primi, sono autorizzati ad azionare (1).

§. 698. b. *Contro chi si dirige.*

La querela d'inofficiosità deve esser diretta contro l'erede istituito nel testamento (2). Quindi, allorchè s'intenta da discendenti o ascendenti, essa colpisce ogni erede qualunque siasi (3); egli deve provare l'esistenza della causa di diseradazione, quando l'attore ne nega la veracità (4). Quando, per lo contrario, è intentata da fratelli e sorelle, essa non si dirige se non contro l'erede, persona turpe (*personæ turpes*); l'attore deve provare allora il disonore di cui il convenuto è ricoperto, e la mancanza di causa che l'ha fatto preferire (5).

§. 699. c. *A che tende.*

La querela d'inofficiosità mira a far rescindere il testamento e restituire la successione. Se chi l'intenta è solo erede ab intestato, la sua azione tende a far restituire tutta la successione; in ogni altro caso, egli non può esigere che la parte a lui dovuta ab intestato, a meno che non si trattasse d'un diritto d' accrescimento (6). Lo stesso dicasi dei fratelli e sorelle, che non possono azionare la *persona turpis* istituita nel testamento, che per la lor parte e porzione ab intestato; e, nel caso in cui una *persona honesta* e una *persona turpis* siano state istituite, per la parte che a quest'ultima sarebbe dovuta secondo la volontà del testatore (7).

§. 700. d. *Effetti della querela* (8).

A. Se la querela è intentata con successo, occorrono, quanto agli effetti che ne sono la conseguenza, le distinzioni che appresso:

1. Se essa è intentata dai discendenti o ascendenti (*querela ex jure novo*), il testamento non si annulla che quanto all'istituzione dell' erede; questa è interamente invalida quando l'attore conclude per una rescissione totale; lo è in parte quando non esige che una rescissione parziale; ogni altra disposizione contenuta nel testamento, in conseguenza i legati e i fidecomessi, restan validi (9). Quindi:

a) Quando l'istituzione dell'erede è totalmente annullata, la successione si deferisce ab intestato, e gli eredi istessi che non avevano il diritto d'intentare la querela d'inofficiosità, profittano di quest' ordine di successione (10).

b) Quando, per lo contrario, la istituzione non è rescissa che in parte,

---

(1) Secondo i principj stabiliti al §. 619, 3. - Vedi pure fr. 1, §. 7, D. XXXVIII, 8. - fr. 31, pr.; fr. 14, D. V, 2. - Cost. 34, C. III, 28. - Glüch, *Comm.* parte settima, pag. 380, e seg.

(2) Ella sta ferma tanto quanto egli non ha adita l' eredità; fr. 8, §. 10, D. V, 2.

(3) Fr. 8, §. 2, D. ivi. - Ella ha luogo egualmente contro chiunque prende il posto di erede. Cost. 1, 10, C. III, 28.

(4) Nov. 115, c. 3, §. 14, in fine « Sive igitur omnes... decernimus ». Cpr. Cost. 4, §. 9, ivi.

(5) Fr. 5; fr. 24, D. V, 2. - Cost. 27, C. III, 28.

(6) Fr. 8, §. 8; fr. 19, D. V, 2. - fr. 17, pr.; fr. 23, §. 2, D. ivi.

(7) Cost. 3, C. Teod. II, 19. - Cost. 27, C. III, 28. - Un autore la pensa differentemente: egli pretende, che, quando la parte cui la *persona turpis* doveva ricevere, non equivale alla porzione ab intestato del fratello o della sorella che aziona, in questo caso la querela per completare questa porzione, deve egualmente darsi contro la *persona honesta*.

(8) Glück, *Comm.* t. VII, p. 442, e seg.

(9) Nov. 115, c. 3, §. 14, in fine. - Cpr. cap. 4, §. 9, ivi.

(10) Nov. 115, *l. c.* - Così s'egli fosse provato che il richiedente non fosse l'erede ab intestato *il più prossimo*, il guadagno della sua causa non gli gioverebbe; fr. 6, §. 1, D. V, 2.

la successione si deferisce secondo un ordine misto; ab intestato, quanto alla porzione che ottiene l'attore; per testamento, relativamente alla parte che resta all' erede istituito. I debiti e i legati sono a carico di ciascuno in proporzione della sua parte (1).

2. Quando la querela s' intenta da fratelli e sorelle (*querela ex jure veteri*), bisogna distinguer nuovamente:

a) Se è stata istituita una *persona turpis* e l'istituzione è totalmente rescissa, il testamento si annulla per intero, e la successione è deferita ab intestato; in tal caso, coloro che non avevano alcun diritto a intentar la querela, prendon nulla meno la lor parte di successione; ma se l'istituzione della *persona turpis* non è per intero rescissa, la successione è nuovamente deferita secondo un ordine misto e i legati restano fermi.

b) Quando sono state istituite una *porsona honesta* e una *persona turpis*, avviene lo stesso; solamente la istituzione della seconda si rescinde o totalmente, o in parte, secondo la quota della porzione ab intestato degli attori, mentre la istituzione della prima resta ferma e i legati son validi (2).

B. Se la querela è intentata senza successo, vale a dire se l' attore è respinto dal giudizio, il testamento è naturalmente valido, e l'attore perde, in generale, tuttociò che gli era stato dato per testamento (3).

§. 701. e. *In quali casi la querela non può essere intentata.*

Son da fare ancora intorno alla querela del testamento inofficioso, le seguenti osservazioni.

1. Essa non è da ricevere se non quando l'attore non ha altri mezzi in diritto da sperimentare (4).

2. Dev'essere intentata durante lo spazio di cinque anni dall' adizione dell'eredità fatta dall'erede testamentario (5).

3. Si trasmette però ai discendenti di colui che ha diritto d' intentarla, purch'egli non v'abbia espressamente rinunziato, o non sia trascorso lo spazio legale di anni cinque; ma non passa in altri eredi se non quando è stata introdotta dal loro autore, o quand'egli muore mentre l'erede istituito nel testamento delibera (6).

4. Essa non è mai ammissibile:

a) Contro un testamento fatto in campagna da un soldato, purchè il testatore abbia saputo che avrebbe avuto in appresso degli eredi legittimarj (7).

b) Contro un testamento d'un figlio di famiglia che ha disposto del suo peculio castrense, finchè il testatore resta figlio di famiglia; del pari contro il testamento che il figlio di famiglia fa del suo peculio quasi castrense, tranne essendo egli prete (8).

c) Contro la sostituzione pupillare fatta dal padre (9).

d) Finalmente, contro la diseredazione *quæ bona mente fit*, cioè a dire, quando si esclude l'erede legittimario

---

(1) Fr. 15, §. 2; fr. 16, pr.; fr. 19; fr. 25, §. 1, D. V, 2.

(2) Arg. fr. 15, §. 2; fr. 24, D. V, 2. - Cost. 13, C. III, 28.

(3) Fr. 8, §. 14, D. V, 2.

(4) §. 2, J. II, 18. - Cpr. Cost. 14, C. III, 28.

(5) Fr. 8, §. 17; fr. 9, D. V, 2. - Cost. 34, 36, §. 2, C. III, 28. - Cost. 2, C. II, 41. - Unterholzner, *De la prescription*, t. II, §. 169-171.

(6) Fr. 6, §. 2; fr. 7, ivi. - Cost. 5, 34, C. ivi. - J. E. Vœlcker (pr. C. F. Walch), *Diss. de transitu querelæ inoff. test. ad heredes*. Jenæ, 1772.

(7) §. 6, J. II, 13. - Cost. 9, C. III, 28. - Cost. 9, 10, C. VI, 21, cpr. con la Cost. 17, ivi.

(8) Cost. 37, C. III, 28. - Nov. 113, c. 19. - Un autore pretende, che la Nov. 115, c. 3, 4, e la Nov. 123, c. 9, hanno intieramente soppresso questo privilegio accordato al figlio di famiglia, almeno quanto ai suoi discendenti e ascendenti.

(9) Fr. 8, §. 5, D. V, 2.

all' unico fine di provvedere al suo bene (1).

§. 702. II. *Del contenuto accidentale del testamento.*

Il testamento deve dunque contenere una istituzione d' erede diretto e aver riguardo ai legittimarj. Oltre questi due elementi, essenziali e indispensabili del testamento, molte altre disposizioni possono formar parte del suo contenuto, come sostituzioni, legati e fidecommessi, nomina di tutori e manumissioni; queste disposizioni dipendono interamente dalla volontà del testatore. Della tutela testamentaria abbiamo più sopra parlato; le manumissioni attengono alla storia del diritto ; noi parleremo dei legati e fidecommessi parlando dei codicilli, perch' essi possono essere istituiti e sortire il loro effetto tanto in un codicillo che in un testamento. Non rimane adunque adesso a trattare che delle sostituzioni d' un erede diretto, le quali egualmente che l'istituzione, non possono esser fatte che in un testamento.

§. 703. A. *Della sostituzione volgare.*

La sostituzione volgare *(vulgaris substitutio)* (2), consiste nel nominare un altro erede diretto, in caso che l'erede istituito non *voglia* o non *possa* divenire erede (3). Va soggetta ai seguenti principj:

1. Chiunque ha il diritto di testare, ha del pari quello di sostituire.

2. Ma questa sostituzione non essendo altra cosa che la nomina d'un erede diretto , in caso che l' erede istituito non sia per divenir tale, non può farsi che nel testamento, e non può sostituirsi chi non può istituirsi.

3. Può farsi in più modi : è permesso di sostituire al primo erede un secondo , a questi un terzo *(heredes secundo tertio gradu scribere);* e deve in tal caso applicarsi la regola: *substitutus substituto est substitutus instituto* (4); è permesso di sostituire più eredi a un solo, e reciprocamente uno a più (5); parimente , più eredi al primo grado e più sostituiti possono essere mutuamente sostituiti *(substitutio reciproca s. mutua* (6).

4. La sostituzione sorte i suoi effetti al sopraggiungere del caso per

---

(1) Fr. 18, D. XXVIII, 2. - fr. 16, §. 2, 3, D. XXVII, 20. - fr. 12, §. 2; fr. 47, pr. D. XXXVIII, 2. - Cost. 25, C. III, 28. - Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* Ed. 3, §. 684.

(2) Gajo , II , 174 , 178. - Ulpiano , XXII, 33, 34. - Paul, III, 4, B. §. 4, 5. - Inst. II, 15. - Dig. XXVIII, 6. - Cod. VI, 25. - Doneau , *Comm. jur. civ.* VI , 23, 24. - Idem, *Comm. ad Cod.* VI, 25. - T. Papillonio, *Tract. de directis heredum substitutionibus*; in Otto. *Thes.* t. IV, p. 665. - C. Chiflet., *De substitutionibus* ; *ivi*, t. V, p. 677. - F. Ramos del Manzano , *Præl. ad tit. Dig. de vulgari et pupillari substitutione*; in Meerman, *Tes.* t. VII, p. 321. - J. Finestres e de Monsalvo, *Præl ad tit. Dig. de vulgari et pupillari substitutione*; in præl. Cervar. p. 165. - G. A. Franck, *Diss. de origine ac natura vulgaris et pupillaris substitutionis.* Jenæ 1829.

(3) Non parliamo qui che della sostituzione *di un credito diretto*. Ma le sostituzioni sono egualmente permesse in materia di legati, di fidecommissi, e di donazioni per causa di morte; fr. 50, pr. D. XXXI. - Cost. un. §. 7, C. VI, 51.

(4) §. 3, J. II, 15. - fr. 27, 41, pr.; fr. 47 , D. XXVIII , 6. - fr. 69. D. XXIX, 2.

(5) §. 1, J. ivi.

(6) Fr. 37, §. 1, D. XXVIII, 5. - fr. 4, §. 1, D. XXVIII, 6. - fr. 64, D. XXXI. - La sostituzione reciproca differisce in più punti dal diritto di accrescimento ; fr. 23 ; fr. 10 , pr. ; fr. 41 , §. 1 , D. XXVIII, 6. - J. H. Reuter, *Diss. de substitutione reciproca ejusque a jure accrescendi discrimine.* Halæ, 1750.

cui fu fatta (1). Se il testatore dichiara che la sostituzione non abbia luogo che nel caso in cui il primo erede non *voglia* divenir tale, bisogna del pari sottintendere il caso in cui non *possa*, e reciprocamente (2).

5. La sostituzione ha per effetto di collocare il sostituito in luogo e vece di colui al quale è sostituito. Egli riceve allora, per regola generale, la parte che a questi sarebbe dovuta, a meno che non abbia con dei co-sostituiti a dividere (3).

6. La sostituzione s' estingue allorquando l' istituito o il sostituito anteriore diviene erede (4), quando l'istituito profitta d'una trasmissione (5), quando il sostituito muore innanzi l' istituito (6), quando non diviene erede in qualità d' istituito, nella sostituzione reciproca (7), quando la sostituzione è condizionale, e la condizione non si verifica (8).

§. 704. B. *Della sostituzione pupillare.*

La sostituzione pupillare consiste nella nomina che il padre o l' avo paterno fa dell' erede a un figlio impubere soggetto immediatamente alla sua patria potestà, nel caso in cui il figlio venisse a mancare prima di compire la pubertà (9). Essa è in conseguenza un testamento che il padre fa pel suo figlio impubere, che non può testare finchè non è giunto agli anni della pubertà.

1. Questo diritto è una derivazione della patria potestà; non compete adunque che a colui al quale questa potestà appartiene; ma è necessario ancora che i figli e i nipoti siano stati, all'epoca del testamento, *sui* o *postumi sui*; gli è pure permesso, per la formula *legis Juniæ Velleiæ*, di sostituire pupillarmente ai nipoti, che a quest' epoca non si trovano ancora immediatamente sotto la sua potestà, nel caso in cui al momento della sua morte, venissero ad essergli immediatamente soggetti (10).

2. Quegli che ha il diritto di sostituire pupillarmente, può, in generale nominare un erede a tutti i beni dell' impubere, senza distinguere la loro origine, sia che provengano da lui testatore, sia che il figlio gli abbia acquistati (11).

3. Usando di questo diritto, il te-

---

(1) Fr. 3, D. XXIX, 2. - fr. 69, D. ivi. - Cost. 3, C. VI, 26.

(2) Arg. fr. 4, pr. D. XXVIII, 6. - fr. 101, D. XXXV, 1. - Cost. 3, C. VI, 24. - Cost. 4, C. VI, 26.

(3) §. 2, J. II, 15. - fr. 24; fr. 45, §. 1, D. XXVIII, 6. - Cost. 4, C. VI, 26.

(4) Cost. 5, C. VI, 26. - Ma si disputa sulla questione di sapere se la sostituzione estinta mediante l'adizione dell'instituito rivive quando l'istituito chiede restituzione contro l'adizione; fr. 7, §. 10, D. IV, 4. - Vinnio, *Sel. quæst.* I, 14. - J. Voet, *Comm. ad Pand.* XXVIII, 6, §. 14. - Coccejo, *Jus controv.* XXVIII, 6, quest. 8. - Walch, *Jus controv.* ediz. 3, p. 222.

(5) Qui gli eredi dell' instituito son preferiti al sostituito, contro l'opinione di Crell, *Diss. utrum herede instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur?* Vitemb. 1734. - L'istesso è del legatario, a cui si è dato un sostituto.

(6) Cost un. §. 4, C. VI, 51.

(7) Fr. 23, 45, §. 1, D. XXVIII, 6.

(8) Fr. 14, 21, 23, D. ivi.

(9) Gajo, II, 179-184. - Ulpiano, XXIII, 7, 9. - Ist. II, 16. - Dig. XXVIII, 6. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 25, 26. - Cod. VI, 26. - V. G. S. Madihn, *Vicissitudines substitutionum impuberum*; nei suoi *Exercices acad.* Halæ, n. 9. - A. G. Deneken, *Diss. de successione ex pupillari substitutione.* Gœtt. 1781. - J. B. Küstner (C. G. Richter), *Diss. de pupillari testamento prœterita impuberis matre rato.* Lips., 1788. - Questa disputazione racchiude un' istoria della sostituzione pupillare.

(10) Fr. 2, pr. D. XXVIII, 6. - Pr. J. II, 16. - Teofilo sopra questo passo. - Gajo II, 183. - Ulpiano, XXIII, 7.

(11) Fr. 10, §. 5, D. ivi. - Per altro il padre che ha arrogato non può sostituire pupillarmente che nei beni provenienti da lui stesso; fr. 10, §. 6, D. ivi. - Cpr. di sopra il §. 549.

statore deve nullameno nominarsi un erede diretto (1), il quale può essere una persona diversa dal figlio; perchè il padre avendo legittime cause, è in diritto di diseredare il figlio e sostituirgli frattanto pupillarmente (2). È forza adunque ravvisare nella sostituzione pupillare un doppio testamento: quello che il padre fa per sè, e quello che fa per suo figlio (3). È lecito di confezionarli entrambi nel medesimo contesto, e di fare l' uno per scritto, e l' altro a voce (4). Se gli fa tutti e due *nel medesimo tempo*, non è obbligato ad osservare le formalità ordinarie che una sol volta, e poco importa che nomini prima l' erede suo proprio o quello del figlio (5); ma facendoli in epoche diverse, è obbligato a confezionare prima il suo, e osservare per ciascun di essi le ordinarie formalità (6). Deve però sempre il testamento del figlio considerarsi come parte costituente, e come supplemento del testamento paterno, e per questa ragione, esso ha vita e cade con quello (7).

4. Quindi, il padre non è in guisa alcuna tenuto, nè quanto alla persona del sostituito, nè quanto al numero, nè quanto al grado della sostituzione; egli può dunque escludere i legittimarj del figlio (8).

5. Non gli è permesso di nominare il sostituito al di là dell' età in cui il figlio sarebbe capace di testare; ma lo può per un tempo più corto (9).

6. Quando il padre istituisce il figlio, può non solo combinare espressamente la sostituzione volgare colla pupillare (*substitutio duplex*), ma tuttavolta che non ha nominato che una specie di sostituzione, l' altra è tacitamente sottintesa, a menochè non abbia dichiarato il contrario (10).

7. La sostituzione pupillare si estingue quando è nullo il testamento paterno (11); quando il figlio, cui si sostituisce pupillarmente, divien pubere (12); quando esce dalla potestà del testatore innanzi la morte di lui (13), o quando muore prima del padre; in tal caso però, la sostituzione è valida come sostituzione volgare, se il figlio è stato istituito (secondo il principio stabilito, al numero 6) (14).

§. 705. C. *Privilegio dei militari in materia di sostituzione.*

Il soldato che fa un testamento militare, gode più privilegj quanto alle sostituzioni volgare e pupillare (15).

1. Egli ha il diritto, anco nel caso

---

(1) Fr. 1, §. 3; fr. 2, §. 1, D. ivi. - §. 5, J. II, 16.

(2) Fr. 1, §. 2, D. ivi. - §. 4, J. II, 16.

(3) §. 2, J. II, 16. - Gajo II, 180. - J. F. A. Brunnemann (Pr. G. L. Winckler). *Substitutio pupillaris, vel quasi duplex testamentum.* Lips. 1788.

(4) Fr. 20, §. 1, D. XXVIII, 6.

(5) Fr. 20, pr. D. ivi.

(6) Fr. 2, §. 4-7, D. ivi.

(7) §. 5, J. II, 16.

(8) Fr. 8, §. 5, D. V, 2.

(9) Fr. 7, 14, D. XXVIII, 6. - Cpr. fr. 21, ivi.

(10) Gajo, II, 179, 180. - fr. 1, §. 1; fr. 1, pr. D. ivi. - fr. 29, D. XXVIII, 2, pr. J. II, 16. - Cost. 2, 4, C. VI, 26. - Un autore pretende, che la sostituzione volgare racchiuda solo implicitamente una sostituzione pupillare, ma che il contrario non è vero.

(11) §. 5, J. II, 16. - Pure se il fanciullo fosse istituito, la sostituzione pupillare resta valida, anche quando il fanciullo ereditasse non *ex testamento*, ma *ab intestato*; fr. 2, §. 1, D. XXVIII, 6. - Nella stessa maniera la sostituzione pupillare resta valida, secondo la Nov. 115, c. 3; se il testamento paterno è attaccato come inofficioso. A tenore dell'antico diritto ella diveniva nulla egualmente; fr. 8, §. 5, D. V, 2. - « Sed si in patris obtentum est nec hoc valebit ».

(12) Pr. §. 8, J. II, 16. - fr. 7, 14, 21, D. XXVIII, 6.

(13) Fr. 2, pr.; fr. 41, §. 2, D. ivi.

(14) Cpr. Cicerone, *De oratore*, I, 39, 57.

(15) Th. Papillon, *De substitutionibus*, nell'Otto, *Thesaur.* t. IV, pag. 757. - J. G. Bauer, *Diss. de substit. militari*; nei suoi *Opusc.* t. I, n. 5.

che l' erede nominato divenga realmente tale, di sostituirgliene un secondo, e a questi un terzo ec. di guisa che il sostituito divien suo erede *diretto* (1), mentre che nel testamento non militare (*paganus*), una siffatta sostituzione non darebbe luogo che a un fidecommesso universale.

2. Egli può sostituire pupillarmente anche quando il figlio non è più sotto la sua patria potestà (2); è in diritto di protrarre la sostituzione pupillare oltre gli anni della pubertà, ma solo per i beni suoi proprj (3); non è necessario che si nomini un erede; ne consegue che la sostituzione pupillare non si estingue allorquando il suo testamento è infermato (4). La sostituzione fatta *juri militari*, che si allontana dalla regola del comune diritto, dicesi oggi *substitutio militaris* e non le si può applicar la regola che la sostituzion volgare è tacitamente compresa nella sostituzion pupillare (5).

§. 706. D. *Della sostituzione quasi pupillare.*

Per analogia alla sostituzione pupillare, Giustiniano introdusse un'altra specie di sostituzione, accordando agli ascendenti d' un figlio furioso o pazzo, il diritto di nominargli un erede, pel caso in cui venisse a morte in stato di demenza, comecchè non possa il figlio testare finchè la sua alienazione continua. Questa specie di sostituzione, è detta da Giustiniano *substitutio ad exemplum pupillaris;* al presente, *substitutio quasi pupillaris s. exemplaris s. Justinianæ* (6).

1. Ogni ascendente del figlio alienato ha diritto di sostituire in tal guisa, senza distinzione di sesso o di grado, senza riguardo a patria potestà, purchè il figlio demente gli succeda ab intestato (7).

2. Questa specie di sostituzione ha luogo per i discendenti soltanto, il cui stato di alienazione è continuo (qui *perpetuo* mente capti sunt), e non già per quelli che godono dei lucidi intervalli (8).

3. Il diritto conferito agli ascendenti di sostituire ai lor discendenti alienati, altro non essendo che il diritto di testare per essi, ne consegue che ogni ascendente che vuol far uso di questo diritto, può non solo testare dei beni suoi proprj che lascia all'alienato, ma anco dei beni dell' alienato medesimo. Quando più ascendenti sostituiscono quasi pupillarmente, ciascuno a parte, ai loro discendenti alienati, i sostituiti prendono respettivamente i beni lasciati dall'ascendente al discendente; e quanto ai beni proprj di quest' ultimo, i sostituiti si debbono considerare come coeredi (9).

---

(1) Fr. 15, §. 4, D. XXIX, 1. - Cost. 8, C. VI, 26, e sopra questo passo, A. Rotgers. *Apodicticæ demostrationes* Lug.-Bat. 1727, vol. I, lib. 2.

(2) Fr. 28, D. XXIX, 1.

(3) Cost. 8, C. VI, 26. - fr. 41, §. 4, D. XXIX, 1. - C. G. Schweitzer, *De subst. vulgari tacita*. Jenæ, 1814, pag. 19, è di opinione contraria.

(4) Fr. 2, §. 1, D. XXVIII, 6. - fr. 15, §. 5; fr. 41, §. 5, D. XXIX, 1.

(5) Cost. 8, C. VI, 26.

(6) Cost. 9, C. VI, 26. - §. 1, J. II, 16. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 27. - Gifan., *Explanatio Cod. ad h. t.* t. II, p. 56. - Madihn, *Vicissitudines substitutionis exemplaris*. Halæ, 1775.

(7) Questo è ciò che resulta dalle parole della Cost. 9, citata « *liceat parentibus legitima portione ei vel eis relicta etc* ».

(8) Ne segue che se l'alienato fece già un testamento valido prima di cadere in demenza non può ricevere sostituzione quasi pupillare, §. 1, J. II, 12. - Solo i discendenti *alienati* posson sostituire in questa maniera, e nullamente quelli, i quali per altri motivi sono incapaci di testare, come per esempio, i prodighi. - J. Vœt, *Comment. ad Pand.* VIII, §. 6, 27, è di contrario avviso.

(9) Per altro le opinioni sono molto divise sopra questo punto: vedi Thibaut, *Sistem.* §. 703. - Mühlenbruch, *Doctr. ad Pand.* t. III, §. 675.

4. L'ascendente che vuol far uso di questo diritto, deve lasciare al discendente alienato, per lo meno la legittima (1). Ne consegue necessariamente che non si può sostituire quasi pupillarmente al discendente alienato, diseredato per causa legittima, ma non ne consegue già che l'ascendente sostituente debba necessariamente fare anco il proprio testamento; egli può morire ab intestato e non far testamento che pel discendente alienato; ma ov'egli voglia soltanto lasciargli la legittima, è naturalmente obbligato a fare un testamento, perchè il discendente sia istituito nella legittima (2).

5. Quando il discendente alienato ha pure dei discendenti, il testatore è in obbligo di sostituirgliene uno, o più, o tutti, e non può sostituire in favore d'un estraneo; se il discendente alienato non ha discendenti, il testatore è in obbligo di sostituirgli uno o più o tutti i fratelli e sorelle da lui testatore discendenti al pari dell'alienato medesimo. Finalmente in difetto di fratelli e sorelle, egli può sostituire un estraneo (*extraneum*); egli ha del pari questo diritto quando i discendenti o i fratelli e sorelle dell'alienato sono in stato di pazzia.

6. La sostituzione si estingue tostochè il discendente alienato ricupera il senno, muorendo prima del testatore, o quando il sostituito muore prima di lui (3).

TITOLO QUARTO

Invalidità dei testamenti.

§. 707. *Colpo d'occhio in generale.*

Un testamento si considera valido, finchè una causa di nullità non lo faccia ravvisare come *invalido* dal principio, o l'abbia reso *tale in seguito* (4).

§. 708. I. *Testamenti invalidi da principio.*

Le cause seguenti rendono i testamenti invalidi dal lor principio:

1. Quando non è stata osservata la forma esteriore; un simile testamento è ingiusto irregolarmente, illegalmente fatto (*testamentum injustum s. non jure factum*) (5).

2. Quando è viziato il contenuto essenziale; come, l'istituzione dell'erede e i diritti dei legittimarj, l'incapacità del testatore all'epoca del fatto testamento; un tal testamento è nullo e di niun effetto (*testamentum nullum s. nullis momenti*) (6).

I testamenti ingiusti e nulli sono invalidi in tutto il lor contenuto (7), e

---

(1) Cost. 9, C. VI, 36. - « Liceat parentibus legitima portione ei, vel eis relicta, etc. »

(2) Ammettendo pure che a forma della Cost. 9, la legittima possa esser lasciata in una maniera qualunque, l'*instituzione* di un legittimario in demenza è nonostante richiesta in ordine alla disposizione della Nov. 115, c. 3.

(3) Molti autori ammettono, per arg. fr. 43, pr. D. XXVIII, 6, che la sostituzione cessa egualmente quando in seguito sopravviene un legittimario al discendente in demenza.

(4) Gajo, II, 138-151. - Ulpiano, Tit. XXIII. - Ist. II, 17. - Dig. XXVIII, 3. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 16.

(5) Gajo, II, 115. - Pr. J. II, 13. - fr. 1, D. XXVIII, 3. « Testamentum non jure factum dicitur ubi solemnia juris defuerunt ».

(6) Gajo, II, 114, 116, 123. - §. 4, J. II, 19. - Pr. J. II, 13. - fr. 4, D. ivi. Si chiama anche *injustum*, p. e. dal fr. 3, §. 3, D. ivi.

(7) Fr. 17, D. XXVIII, 1. - Cost. 12, C. VI, 23. - Cost. 29, C. VI, 42.

non possono mai in diritto civile divenir validi, anche venendo meno in appresso la causa di nullità, giusta il principio conosciuto: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (1). Quindi, quando un testamento era nullo, perchè non conteneva l'istituzion dell'erede o la diseredazione d' un legittimario (2), e che questi moriva vivente il testatore, il testamento era nullo, per diritto civile, ma il pretore lo lasciava sussistere dando all'erede istituito la *bon. poss. secundum tabulas* (3).

§. 709. II. *Testamenti invalidi in seguito.* A. Testamentum irritum.

Un testamento valido in principio può divenire invalido in progresso per diversi motivi.

A. Quando il testatore subisce una diminuzione di capo. Il testamento diviene per ciò *inutile, irritum;* egli è e rimane in tutto il suo contenuto invalido per diritto civile (4). Ma se il testatore ricupera, innanzi di morire, lo *stato* (*statum*) che la diminuzione di capo gli ha tolto, il pretore mantiene il testamento e dà agli eredi in quello istituiti la *bon. poss. secundum tabulas* (5). Nullameno se il testamento è divenuto inutile per minima diminuzione di capo del testatore, esso non vale, anco ritornando il testatore *sui juris*, tranne il caso in cui egli dichiari, in un codicillo o in un altro atto, che il suo testamento deve conservare i suoi effetti (6).

§. 710. B. Testamentum destitutum.

B. Quando l'erede istituito nel testamento non vuole o non può divenir tale, sia che divenga incapace dopo l' istituzione, sia che non si compia la condizione alla quale la istituzione è subordinata, il testamento è *destituto, destitutum*; ma bisogna che non vi sia coerede nè sostituito, che rimpiazzi quello che manca: un simil testamento, per l'antico diritto, diveniva invalido in ogni sua disposizione (7). Ma non è lecito all' erede intestato istituito nel testamento di rifiutare la successione *ex testamento*, e di accettarla *ab intestato* collo scopo di annullare i legati, a menochè il testatore non gli abbia espressamente accordata questa facoltà (8). Bisogna del pari stabilire, dopo le nuove disposizioni di Giustiniano in materia di fidecommissi e di legati, che un testamento non può più divenir destituto per la repudia dell'erede istituito, in danno dei legatarj e fidecommissarj (9).

§. 711. C. Testamentum ruptum. 1. *Dall'erede legittimario.*

C. Quando il testamento è *rotto*,

(1) Fr. 29, 201, 210, D. L, 17.
(2) Pr. J. II, 13. Questa causa non rende invalido il testamento di un soldato, perchè egli non è tenuto alle regole dell' instituzione dell' erede, e dell' esclusione dei legittimarj. Cost. ult. C. III, 28. - Cpr. Nov. 123, c. 19. - fr. 37, §. 2, D. XXIX, 1. - Vedi sopra il §. 654, nota 10. Ma il soldato deve aver conosciuto l' esistenza dei legittimarj, fr. 7, D. ivi. - Cost. 10, C. VI, 21.
(3) Gajo, II, 123. - fr. 12, pr. D. XXVIII, 3. - Kock, *Bonorum possessio*, p. 311, 328, 347, 438, 440, e Hugo in quest' opera, nelle *Gœtt. gel. Anz.* 1799, p. 189. - Valett. *Pandectes*, §. 1008.
(4) Ulpiano, XXIII, 4, 5. - Gajo, II, 145, 146. - §. 4, 5, J. II, 17. - fr. 6, §. 5, D. XXVIII, 3. - Cost. 29, C. VI, 42.
(5) §. 6, J. ivi. - fr. 12, pr. D. XXVIII, 3.
(6) Fr. 11, §. 2, D. XXXVII, 11.
(7) Fr. 181, D. L, 17. « Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur ». - Pr. 7, J. III, 1. - fr. 9, D. XXVI, 2. - C. F. Zepernick, *Diss. I, II, de testamenti destituti viribus.* Halæ, 1773, 74.
(8) Fr. 1, pr.; fr. 6, §. 1, 3, D. XXIX, 4. - Cod. VI, 39.
(9) §. 7, J. II, 23. - Cost. 2, C. VI, 43. - Cost. 7, §. 1, C. VI. 49. - Principalmente la Nov. 1, c. 1, c. 2, §. 2.

ruptum, lo che può avvenire in due diversi modi:

1. Se dopo la confezione del testamento, sopraggiunge al testatore un erede legittimario, di cui il testamento non fa menzione, o sufficiente menzione (*testamentum ruptum per agnationem postumi*); questo erede legittimario può sopraggiungere, sia per legittimo nascimento, sia per legittimazione, sia per adozione, o perchè alcuno che fin allora non era che mediatamente sotto la sua patria potestà, vi passa direttamente (1). Nell'antico diritto, il testamento così rotto, diveniva invalido in ogni sua disposizione (2); ma per diritto nuovo, non è tale che quanto all'istituzione dell'erede, per causa della non esclusione formale del postumo (3). Il testamento rotto per la sopravvenienza del postumo, è sempre invalido per diritto civile, anche quando il postumo muore prima del testatore, o quando cessa d'essere suo legittimario. Nullameno, in tal caso, il pretore accorda all'erede istituito la *bon. poss. secundum tabulas* (4).

§. 712. 2. *Per cangiata volontà del testatore.*

1. Il testamento inoltre è rotto, quando il testatore cangia di volontà, lo che gli è sempre permesso: *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum* (5). Il testatore può cangiare di volontà:

a) Revocando il testamento senza annullarlo, o senza farne un nuovo. Ma questa semplice revoca, non sorte effetto che allorquando è fatta alla presenza di tre testimonj, o innanzi alla giustizia, e decorso il lasso di 10 anni dalla confezione del testamento (6).

b) Distruggendo con proposito il suo testamento; ma egli non annulla per tal modo che la parte che distrugge o cancella (7).

c) Facendo un nuovo testamento (8); questi annulla di pieno diritto il primo, anche quando il testatore non ne faccia espressa menzione (9); ma bisogna che il testamento sia valido (10); e se in seguito il testatore l'annulla nell'intenzione di far rivivere il primo, questi riman sempre nullo per rigore di diritto civile, ma il pretore

---

(1) Gajo, II, 138-145, e Gans, *Scolies*, sopra questi §§., pag. 296. - Ulpiano XXIII, 2, 3. - §. I, J. II, 17. - §. 1, 2, J. II, 13. - §. 2, J. III, 1. - fr. 29, D. XXVIII, 2. - fr. 3, §. 3, D. XXVIII, 3. - Cost. 4, C. VI, 29. - Il testamento di un soldato non si rompe per la sopravvenienza di un postumo; fr. 7, 8, D. XXIX, 1.

(2) §. 1, J. II, 13.

(3) Nov. 115, c. 3.

(4) Fr. 12, pr. D. XXVIII, 3.

(5) Fr. 4, D. XXXIV, 4. - P. Greve, *Diss. de mutatione et revocatione testamenti tam quoad modum, quam quoad effectum.* Gœtt. 1789.

(6) Cost. 6, Cod. Teod. IV. - Cpr. colla Cost. 27, C. VI, 23, e §. 7, J. II 17.

(7) Dig. XXVIII, 4. - Cost. 30, C. VI, 23. - Quanto al testamento annullato per caso o perduto, vedi fr. 1, §. 3, D. ivi. - fr. 1, §. 3, 7, D. XXXVII, 2. - fr. un. D. XXXVII, 2. - Cost. 11, C. VI, 23.

(8) Gajo, II, 144. - §. 2, J. II, 17. - fr. 2, D. XXVIII, 3. - Se il testatore ha dichiarato nel suo secondo testamento che dovesse essere egualmente mantenuto il primo, egli resta valido come fidecommisso. §. 3, J. II, 17. - fr. 12, §. 1, D. XXVIII, 3.

(9) A riserva del soldato, *qui cum pluribus testamentis decedere potest*, gli eredi instituiti in più testamenti devono in questo caso considerarsi come coeredi; fr. 19, pr. D. XXIX, 1.

(10) Gajo, II, 144. - §. 7, J. II, 17. - fr. 2, D. XXVIII, 3. - Cost. 21, §. 3, C. VI, 23. - Meno che nel precedente testamento perfetto non si abbia escluso gli eredi ab intestato, e che si abbiano instituiti nel seguente testamento, ma incompleto nella sua forma esteriore: in questo caso il secondo testamento mantenuto, non come testamento ma come *ultima voluntas intestati*, ed il primo testamento è annullato, se cinque testimonj ne depongano con giuramento. Cost. 21, §. 3, cit. - A. F. Schott, *Diss. ad orationem Pertinacis de test. post. imperf. prius perfectum haud infirmante.* Lips. 1765.

accorda all'erede istituito la *bon. poss. secundum tabulas* (1).

§. 713. Testamentum rescissum.

D. Finalmente, il testamento è *rescisso*, *rescissum*, quando è attaccato dall'azione del testamento inofficioso e dichiarato nullo da sentenza (2). Ne abbiamo già parlato più sopra.

§. 714. *Effetto generale della nullità dei testamenti.*

In qualunque caso in cui un testamento è invalido da principio o infermato in seguito, la successione in generale si deferisce ab intestato (3), purchè il testamento non continui ad esistere per la *bon. poss. secundum tabulas*. Nullameno, in un testamento inofficioso, la successione può essere in parte testamentaria, in parte ab intestato, ove non sia rescisso che in parte.

(1) Fr. 11, §. 2, D. XXXVII, 11.
(2) Nov. 115, c. 3, in fine; c. 4, in fine.
(3) Pr. J. III, 1. - §. 6, J. III, 2.

SEZIONE TERZA

Dell' acquisto della successione (1).

CAPITOLO PRIMO

Dell' acquisto in generale.

§. 715. *Specie d'acquisto.*

Ogni acquisto di successione presuppone essere stata essa deferita (2). Ma quando la dichiarazione della successione ha avuto luogo, sia per testamento, sia ab intestato, occorre, quanto all'acquisto di lei, una distinzione.

1. Quando è stata deferita per diritto civile (*hereditas*, in senso stretto), vi sono tali persone che non possono dispensarsi dall' acquistarla, vale a dire, che esse debbono di necessità divenire eredi; esse rivestono questa qualità (*ipso jure*), al momento della delazione, anche quando lo ignorino. Altre persone, al contrario, sono libere d'acquistare o di rifiutare, e non acquistano in realtà che facendone una dichiarazione di volontà espressa o tacita (3).

2. Il diritto di successione pretorio (*bonorum possessio*) non si acquista mai di pieno diritto, ma solo per l'*agnitio bonorum possessionis* fatta dinanzi al pretore, ed anche le persone che ereditano *ipso jure* per diritto civile, debbono domandare la *bon. poss.* se vogliono profittare dei loro avvantaggi (4).

§. 716. I. *Acquisto necessario per diritto civile* (5).

Il diritto romano colloca nel numero delle persone che debbono necessariamente acquistare una successione deferita secondo il diritto civile, e che in conseguenza l'acquistano di pieno diritto, al momento della delazione, le seguenti:

1. Gli schiavi del defunto, quando sono istituiti eredi ricevendo la loro libertà. Si appellano essi *necessarii heredes* e divengono di pieno diritto

(1) Fonti: Gajo, II, 152-173. - Ulpiano, XXII, 24-34. - Ist. II, 10. - Dig. XXIX, 2. - Cod. VI, 30.

Biblioteca: Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 1, 13. - J. Einestres e de Monsalvo, *Præl. ad tit. Dig. de acquirenda vel omittenda hereditate.* Nella Præl. Cervar. pag. 226. - C. C. Westfal, *Comm. syst. sur les lois de production et d'ouverture des testaments, d'acceptation et de répudiation de la succession, des droits et devoirs de l'heritier, et des moyens possessoires, et pétitoires qui lui competent.* Leips. 1764.

(2) Deve per conseguenza provarsi la morte di chi ha lasciata la successione; fr. 19, D. XXIX, 2. - Per altro la morte di un assente si presume in certe circostanze.

(3) Ist. II, 19.

(4) Fr. 3, §. 3, D. XXXVII, 1.

(5) Doneau, *Comm. jur. civ.* VII. 1, 2.

liberi ed eredi al momento stesso della morte del loro padrone (1).

2. Gli eredi suoi del defunto (*sui heredes*), che debbono acquistare la successione per diritto civile, poco importando che siano chiamati in forza di un testamento o ab intestato (2). Per distinguerli dai servi, eredi necessarj (*servi necessarii*), si dicono egualmente eredi *suoi e necessarj* (*sui et necessarii heredes*) (3). Il Pretore accordava però agli eredi suoi e necessarj, ma ad essi soli, la facoltà di rinunziare alla successione paterna (*potestas abstinendi*). L'erede suo che profitta di questo benefizio, non cessa d'essere erede, qualità che egli acquista di pieno diritto dal momento della morte di suo padre, *quia semel heres semper heres manet*; ma il pretore lo riguarda come non erede (4), e questa finzione produce lo effetto che l'acquisto della successione non ha per lui altre conseguenze, e che non gli reca profitto nè danno. Non è dunque obbligato ai debiti, nè ai legati, ma il testamento non è infermato pel suo astenersi (5). Nullameno, l'erede suo non può usare di questo diritto che finchè non si è mescolato nella successione e che non nè ha tolto alcun oggetto (6).

§. 717. II. *Acquisto volontario per adizione* (7).

Tutti gli altri eredi che non rivestono la qualità di necessarj non acquistano di pieno diritto la successione, ma solo facendone *adizione*, cioè dichiarando d'accettarla (8). Ma dipende però dalla loro volontà d'accettare la successione o rinunziarla (9). È questa la ragione che gli fa appellare *eredi*

---

(1) Gajo, II, 153, 154. - Ulpiano, XXII, 11. - §. 1, J. II, 19. - Questo indica pure il motivo dell' institazione dei suoi proprj schiavi.

(2) Fr. 14, D. XXXVIII, 16. - Soprattutto fr. 11, D. XXVIII, 2. - Gajo, II, 157. - Ulpiano, XXII, XXIV. - Acquistano egualmente la successione quando sono *infanti* e *pazzi (infantes, furiosi)*, perchè non è ricercata la loro volontà. - §. 2, 3, 8, J. III, 1. - Cost. 7, §. 2, C. V, 70. - Nondimeno se un erede necessario è instituito sotto la condizione « *si volet* » non acquisterà la successione che dichiarando la sua volontà; fr. 12, D. XXVIII, 7. - fr. 86, D. XXVIII, 5.

(3) *Sui heredes* quantò all' acquisto necessario della successione, sono tutti quelli i quali si trovano sotto la potestà del defunto fino alla di lui morte, senza distinzione se gli siano soggetti direttamente o indirettamente, purchè in quest'ultimo caso la successione sia stata loro deferita realmente: Gajo, II, 156. - Ulpiano, XXII, XXIV, §. 2, J. II, 19. - fr. 6, §. 5, D. XXIX, 2. - fr. 1, §. 8, D. XXXVIII, 16. - fr. 7, D. XXXVIII, 6. - Di diversa opinione sono F. L. A. de Lassberg, *Comm. exhib. observat. ad jus heredis præsertim ratione nepotis*. Jenæ, 1821. - Mühlenbruch, nella continuazione del *Comm.* di Glück, parte 36. p. 140.

(4) Fr. 12, pr. D. XI, 1. « Prætor eum, qui abstinuit, non habet heredis loco ».

(5) Gajo, II, 158-163. - Ulpiano, XXII, XXIV. - fr. 57, D. XXIX, 2. - fr. 30, §. 10, D. XL, 5. - « Non est sine herede qui suum heredem habet, licet abstinentem se ». - Cpr. fr. 9, D. XXXVII, 7. - fr. 44, D. XLII, 1. - fr. 27, §. 3, D. XXXVI, 1. - fr. 12, D. XXVIII, 6. - Vinnio, *Sel. quæst.* II, 23. - G. L. Bœhmer, *Electa jur. civ.* I, p. 94. - J. C. Koch, *Diss. de liberis suis heredibus ad probationem abstentionis non obligatis*. Giess. 1766. - Van Gœthem, *Diss. de suo herede*. Lugd. 1786.

(6) Fr. 71, §. 3-8; fr. 91, D. XXIX, 2. Frattanto gl' impuberi potevano invocare questo benefizio, anche dopo essersi immischiati nella successione, ed il pubere otteneva facilmente la restituzione; fr. 11, 12, 57, D. XXIX, 2. - Cpr. con il §. 5, J. II, 19. - Gajo, II, 163. - La prova che l'erede si è immischiato nella successione deve altronde esser fornita da quello che allega il fatto, e nega il diritto di astenzione agli eredi suoi.

(7) Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 3.

(8) Questa dichiarazione doveva sempre farsi dall'erede stesso che rinunziava alla successione; fr. 90, pr. D. XXIX, 2. - Cost. 5, C. VI, 30. - Nel caso della *bon. poss.* si poteva farsi rimpiazzare, fr. 3, §. 7, D. XXXVII, 1.

(9) §. 5, J. II, 10. - J. C. Gœthe.

volontarj (heredes voluntarii) (1), e quando si contrappongono agli eredi suoi, prendon nome d'*extranei heredes* (2).

§. 718. A. *Nozione e specie dell' adizione.*

L'adizione dell'eredità consiste nella dichiarazione fatta dall' erede, d'accettare la successione a cui è chiamato (3). Questa dichiarazione può esser fatta tanto espressamente che tacitamente.

1. Quando è fatta espressamente, dicesi nella successione di diritto civile: *aditio hereditatis* (4), e nella successione pretoria: *agnitio bonorum possessionis*. La prima doveva farsi dall' erede stesso; la seconda anche da un delegato (5).

2. La dichiarazione è tacita, quando l' erede fa degli atti che suppongono necessariamente la sua intenzione d'accettare la successione e divenire erede. L' adizione tacita dell' eredità prende allora nome di *gestio pro herede* (6). La renunzia alla successione fatta espressamente, dicesi *repudiatio*, e quella fatta tacitamente, in specie quando durante un certo spazio di tempo l'erede non fa uso del suo diritto, dicesi *omissio hereditatis* (7). Del resto, l'erede che vuole adire la successione, deve accettarla tal quale gli è stata deferita, e non può accettarla sotto condizione o in parte (8). Dacchè l' ha ripudiata, non può più adirla (9).

§. 719. B. *Chi può accettare e rinunziare* (10).

Per potere accettare o ripudiare una successione, è necessario che quegli cui è deferita sia persona indipendente e goda, all'epoca dell'adizione o della repudia, dell' uso delle sue facoltà e del diritto di liberamente disporre dei suoi beni.

1. Per l' antico diritto, il figlio di famiglia non poteva per conseguenza accettare o ripudiare una successione a lui deferita, che per comando del suo padre di famiglia (11), il quale l'acquistava dacchè il figlio di famiglia aveala accetta (12). Lo stesso avveniva quando il testatore aveva istituito il servo altrui; questi non poteva adire l' eredità che per comando del padrone (*jussu domini*) pel quale egli acquistava (13). In diritto nuovo, il consenso del figlio e del padre è, generalmente necessario, tanto per l'accettazione quanto per la repudia (14); ma il padre che presta il suo consenso per l' accettazione, non acquista che l'usufrutto dei beni ereditati dal figlio, poichè la proprietà è interamente a questi devoluta (15).

Electa de aditione hereditatis ex jure romano et patrio. Giess. 1783.

(1) Fr. 15, 16, D. XXIX, 2. - fr. 3. §. 3, D. XXVIII, 5. - È così, che un erede suo e necessario instituito colla condizione *si volet*, diveniva erede volontario; fr. 86, D. ivi. - fr. 12, D. XXVIII, 7.

(2) Gajo, II, 161. - §. 3, J. II, 19. - Cpr. col §. 26, J. I', 20. - §. 7, J. III, 1.

(3) Doneau, *comm. jur. civ.* VII, 8, 9.

(4) Fr. 45, pr. D. XXIX, 2. - fr. 95. §. 2, D. XXVI, 3. - Intorno alla antica *cretio* che fu abolita da Teodosio nella Cost. 17, C. VI, 30, vedi Gajo II, 164, 178. - Ulpiano, XXII, §. 25-34. - Hugo, *Hist. du droit*, p. 566, e seg. - Schweppe, *Hist. du droit*, §. 454.

(5) Fr. 90, pr. D. XXIX, 2. - Cost. 5, C. VI, 30. - fr. 3, §. 7, D. XXXVII, 1.

(6) §. 7, J. II, 19. - fr. 28, 88, D. XXIX, 2. - Cost. 2, C. VI, 30.

(7) Fr. 95, D. XXIX, 2. - fr. 1, §. 4, D. XXXVI, 4. - Cod. VI, 31.

(8) Fr. 1; fr. 2; fr. 51, §. 2; fr. 52, §. 1; fr. 53, D. XXIX, 2. - G. G. L. Bechtold, *Diss. de hereditatis aditione conditionata.* Giess. 1784.

(9) Gajo, II, 169. - Ulpiano, XXII, XXIX. - §. 7, J. II, 19.

(10) Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 4-7.

(11) Fr. 6, pr. §. 1-4; fr. 8, §. 1; fr. 13, §. 3; fr. 36, D. XXIX, 2.

(12) §. 1, J. II, 9. - Cpr. sopra il §. 183, nota 16.

(13) §. 3, J. ivi.

(14) Cost. 4; Cost. 18, §. 4, C. VI, 30.

(15) Cost. 6: Cost. 8, §. 3, C. VI, 61.

Questa regola però è stata modificata nei modi seguenti:

a) Quando il figlio di famiglia è ancora infante o in stato d'assenza all'epoca della delazione, il padre può, invero, accettare o ripudiar solo per lui la successione (1), ma il figlio è in diritto, nell'un caso e nell'altro, di chiedere la restituzione contro l'accettazione o la ripudia paterna, la legge dunque gli accorda questo diritto in età più adulta, e poco importa che sia ancora o no sotto la patria potestà. Quando il figlio di famiglia è restituito contro l' accettazione del padre, su questi cade ogni aggravio della successione; quando, al contrario è restituito contro la repudia paterna, egli è che sopporta i pesi dell' eredità, e il padre non ha più diritto d'esigerne l' usufrutto (2). Se il figlio muore nell'età dell'infanzia, innanzi che il padre abbia fatta la sua dichiarazione, questi ha sempre la facoltà di accettare per sè (3).

b) Quando il figlio di famiglia è maggiore dell'infanzia (*infantia major*) all'epoca della delazione e ricusa d'accettare la successione, il padre può adirla per sè, a suo rischio e pericolo, e senza che il figlio possa far valere il menomo diritto; quando, al contrario, il padre ricusa il suo consenso per l'accettazione, il figlio può adire l'eredità per sè e il padre non acquista l'usufrutto: deve, però in tal caso, il figlio minore chiedere un curatore per amministrar la successione (4).

2. Un pupillo non può accettare o ripudiare una successione senza l'autorità del tutore (5).

a) S'egli è ancora negli anni dell'infanzia, il tutore può accettare per lui; se il pupillo infante non ha tutore, o se il tutore trascura d' adire e il pupillo muore nell' infanzia, la successione ritorna a colui che avrebbe ereditato se il pupillo non fosse esistito (6).

b) Quando, al contrario, il pupillo è maggiore dell' infanzia (*infantia major*), egli deve accettare di per sè, e il tutore interpone a tal effetto la sua autorità. Ma non avendo tutore, può farsi autorizzare dal magistrato (7).

3. Non v'ha dubbio che per diritto romano un minore pubere possa, di per sè solo, accettare una successione, senza bisogno del consenso del curatore (8). Lo stesso dicasi del prodigo, almeno quando l' adizione gli è vantaggiosa (9).

4. Quando una successione è deferita a un furioso, bisogna distinguere:

a) Se gli è deferita la successione del padre come erede suo, egli acquista necessariamente, poichè non deve intervenire la sua volontà (10).

b) In tutt'altro caso in cui una successione gli vien deferita come erede volontario, nè egli, nè il padre suo, nè il curatore può accettare la successione (11). Giusta le disposizioni del nuovo diritto, il padre e il curatore debbono chiedere una *bon. poss.* provvisoria, e amministrare la successione come tutti gli altri beni dell' alienato (12), il quale è in obbligo, ricuperando il senno, di dichiarare la sua volontà, di accettare o ricusare la successione. Ma s' egli muore in stato di alienazione mentale, o se,

---

(1) Cost. 3, C. VI, 9. - Cost. 18, pr. C. VI, 30.

(2) Cost. 8, §. 6, C. VI, 61.

(3) Cost. 18, §. 1, C. VI, 30. - Ciò i moderni chiamano « *transmissio ex capite infantiæ* ».

(4) Cost. 8, pr. §. 1, 2, 3, C. IV, 61.

(5) Fr. 9, §. 3, D. XXVI, 8. - fr. 9, 49, D. XXIX, 2.

(6) Cost. 18, §. 2, 3, C. VI, 30.

(7) Cost. 5, 18, §. 4, C. VI, 30. - Cost. 7, C. VI, 9.

(8) Cost. 12, C. VI, 30. - Cod. II, 39, 40.

(9) Fr. 5, §. 1, D. XXIX, 2. - Cpr. col fr. 6, D. XLV, 1.

(10) §. 3, J. III, 1. - fr. 63, D. XXIX, 2. - Cost. 7, §. 2, C. V, 70.

(11) Arg. fr. 40, D. L, 17, combinato col fr. 90, pr. D. XXIX, 2.

(12) Dig. XXXVIII, 3. - Cost. 7, §. 3. C. V, 70.

dopo la sua guarigione, non fa dichiarazione alcuna di volontà (1), o s'egli espressamente rifiuta la successione, chi l'ha amministrata è in obbligo di restituirla ai più prossimi eredi dopo l'alienato che non accetta (2).

§. 720. a. C. *Eredità giacente.*

Finchè un erede volontario non si è dichiarato espressamente o tacitamente sull'accettazione o sulla rinunzia a una successione, essa dicesi *hereditas jacens*, e per una finzione di diritto, essa rappresenta il defunto: *hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet* (3). Ne consegue ch'essa è capace d'acquistare, ma bisogna che l'acquisto non richieda un fatto determinato per parte dell' acquirente, come un possesso (4). Essa è amministrata da un curatore (5). Questa finzione della legge cessa dacchè l'erede adisce la successione; ma vien egli riguardato come se l'avesse accettata al momento stesso della morte del defunto (6).

§. 721. b. D. *Cause d'indegnità in materia di successioni o di legati* (7).

Vi sono molti casi in cui la legge nega all'erede o al legatario la porzione lasciatagli, per causa d' indegnità. In tal caso, che dicesi *caso d'indegnità*, la legge si esprime: *Heres vel legatarius capere non potest*, o ancora, *ei eripitur*. Questa porzione ch'egli non è capace d' acquistare è talvolta devoluta al fisco, talvolta ad atre persone (8), e l'azione con cui esse perseguitano il lor diritto per una successione devoluta a un indegno, dicesi *petizione d'eredità* (*hereditatis petitio*).

1. Fra questi casi, ve ne sono dei comuni alle successioni e ai legati.

A. L'erede o il legatario è dichiarato indegno *a profitto del fisco:*

1. S'egli ha ucciso o attentato alla vita del defunto (9).

2. Se, avendo attaccato il testamento come inofficioso o falsificato, è stato respinto dalla sua azione (10).

3. Se è stato segretamente incaricato di consegnare dei beni a persone dichiarate incapaci, *fidecommissum tacitum* (11).

4. Se, con timore o dolo, ha impedito al defunto di far testamento o di modificare il già fatto; in tal caso, la successione e il legato non solo è tolto a chi si è valso del timore o del dolo, ma anche al terzo che ne ha profittato (12).

5. Se un tutore sposa la pupilla, a malgrado la proibizione della legge,

---

(1) Si dice ordinariamente che in questo caso la successione è irrevocabilmente acquistata all'alienato, ma le leggi tacciono su questo proposito.

(2) Cost. 7, §. 8, 9, C. V, 70. - G. B. Becmann, *Diss. de acquisitione hereditatis dementi delatæ.* Gœtt. 1772. - C. G. C. Rotermund, *Diss. de successione furioso delata.* Gœtt. 1825.

(3) Fr. 34, D. XLI, 1. - §. 2, J. II, 14. - pr. J. III, 17 (18). - fr. 31, §. 1, D. XXVIII, 5. - fr. 13, §. 5, D. XLIII, 25. - fr. 1, pr. D. I, 8.

(4) Fr. 61, pr. D. XLI, 1. - fr. 31, §. 5; fr. 40; fr. 44, §. 3, D. XLI, 3. - fr. 1, §. 15, D. XLVII, 4.

(5) Fr. 1, §. 4, in fine, D. L, 4. - fr. 22, §. 1, D. XLII, 5.

(6) Fr. 54, D. XXIX, 2. - fr. 138, pr.; fr. 193, D. L, 17. - fr. 24, D. XLVI, 2.

(7) Dig. XXXIV, 9. - Cod. VI, 35. - Zimmern, *Grundriss des Erbrechts*, nell' appendice p. 78. - Rosshirt, Erbrecht, §. 7.

(8) Fr. 15, pr. D. XXIX, 5. - fr. 2, §. 1; fr. 13; fr. 6, D. XXXIV, 9. - Cost. 4, C. VI, 35.

(9) Fr. 3, D. XXXIV, 9. - fr. 7, §. 4, D. XLVIII, 20. - Cost. 10, C. VI, 35. - C. F. Koch, *De bonis hereditatis heredi occisori tamquam indigno eripiendis.* Lips. 1778.

(10) Fr. 8, §. 14; fr. 22, §. 2, 3, D. V, 2. - fr. 5, §. 1, 3, 5, 6, 16, D. XXXIV, 9. - fr. 13, §. 9; fr. 29, §. 1, D. XLIX, 14.

(11) Fr. 10, D. XXXIV, 9. - fr. 3, §. 4, D. XLIX, 14. - fr. 103, D. XXX.

(12) Fr. 1, pr. §. 2; fr. 2, pr. D. XXIX, 6. - fr. 19, D. XXXIV, 9. - Cost. 1, 2, C. VI, 34.

il fisco s'impossessa dei beni ch'essa ha lasciati al tutore (1).

6. Se un matrimonio proibito dalla legge a cagion d'adulterio o d'incesto ebbe luogo fra il defunto e l'erede o legatario (2).

7. Se l'erede o il legatario ha contrastato al defunto il suo *status* (3).

8. Se ha trascurato d'eseguire le disposizioni testamentarie a lui affidate, ove però non esistono altre persone da preferirsi al fisco (4).

9. Finalmente, la legge commina la confisca di tutti i beni lasciati alle prostitute; nullameno alcuni parenti sono egualmente, in tal caso, preferiti al fisco (5).

B. L'erede o il legatario è dichiarato indegno *in favore di altre persone*:

1. S'egli ricusa d'abbracciare una educazione impostagli per testamento dal defunto; i beni dei quali sarebbe andato al possesso ritornano ai coeredi, ai sostituiti, agli eredi ab intestato, e per i legati, a colui che è incaricato di pagarli (6).

2. Il principio stesso è applicabile all'erede o legatario che non eseguisce i funerali statigli imposti (7).

3. Se l'erede o il legatario produce scusa per esser dispensato dalla tutela affidatagli dal testatore, la successione passa ai sostituiti, ai coeredi o agli eredi ab intestato, e il legato al pupillo (8).

4. Se il legatario o l'erede non dà sfogo agli oneri statigli imposti, la sua porzione si divide fra le altre persone onorate nel testamento e, in lor difetto, ritorna agli eredi ab intestato (9).

II. Vi sono altri casi che non riguardano che la successione.

A. Il *fisco* s'impossessa dei beni:

1. Quando l'erede non denunzia alla giustizia l'uccisione del defunto (10).

2. Quando, vivente il defunto, ha posto in essere convenzioni sopra la sua successione, e senza il consenso di lui (11).

3. Quando il testatore ha cancellato deliberatamente il nome dell'erede, o rivocato il suo primo testamento per un secondo, nullo a causa dell'istituzione di una persona incapace (12).

4. Quando l'erede ha trafugato o tolto in pregiudizio dei legatarj, oggetti appartenenti alla successione; il fisco s'impadronisce, in sua vece, della porzione determinata dalla legge Falcidia (13).

B. L'erede ab intestato è dichiarato indegno in favore d'*altre persone*:

1. Quando ha trascurato il dovere impostogli di chiedere il tutore per un pupillo (14).

2. Quando i figli o i parenti hanno lasciato morire, in schiavitù di nemici, il defunto la di cui eredità sarebbe loro devoluta, la chiesa del suo luogo di nascita s'impossessa dei beni (15).

3. Quegli che presta delle cure a un alienato rimpiazza l'erede, ove da lui sollecitato, abbia negato d'incaricarsi della persona del defunto (16).

III. Finalmente, vi sono casi che

---

(1) Fr. 2, §. 1, 2, D. XXXIV, 9.

(2) Fr. 13, D. XXXIV, 9. - Cost. 4, C. V, 5.

(3) Fr. 9, §. 2, D. XXXIV, 9.

(4) Nov. 1, c. 1, 4.

(5) Fr. 13, 14, D. XXXIV, 9. - fr. 41, §. 1, D. XXIX, 1. - Cost. 3, Cod. Teod. II, 19.

(6) Fr. 1, §. 3, D. XXVII, 2.

(7) Fr. 12, §. 4, D. XI, 7.

(8) Fr. 28, §. 1, D. XXVII, 1. - fr. 5, §. 2, D. XXXIV, 9.

(9) Nov. 1, c. 1, 4.

(10) Secondo il Senatusconsulto Silan. fr, 9; fr. 15, §. 2, D. XXIX, 5. - Cost. 1, 5-10, C. VI, 35. - H. Cottot d'Escury, *Diss. ad tit. Dig. de Senatusconsulto Silaniano et Claudiano*. Lugd.-Bat. 1827.

(11) Fr. 2, in fine, D. XXXIV, 9. - Cost. 30, C. II, 3.

(12) Fr. 12; fr. 16, §. 2, D. XXXIV, 9. - Cost. 4, C. VI, 35.

(13) Fr. 6, D. XXXIV, 9.

(14) Vedi più sopra il §. 580, nota 18.

(15) Nov. 115, c. 3, §. 13; c. 4, §. 17.

(16) Nov. 115, c. 3, §. 12. - Vedi il

non riguardano che i legati. I legatarj sono dichiarati incapaci in favore di quegli che è incaricato a prestarli:

1. Quand'essi involano le cose legate (1).

2. Quando trafugano il testamento a mala fede (2).

3. Giustiniano ha formalmente confermati tutti questi casi d'indegnità (3).

CAPITOLO SECONDO

Effetti dell' acquisto d' una successione.

§. 722. I. *Generalità.* 1. *Rappresentanza del defunto.*

L'acquisto d'una successione produce generalmente l'effetto che l'erede, avuto riguardo ai beni del defunto, vien considerato con questi una sola e medesima persona. Ne consegue:

1. Che i beni del defunto e quelli dell'erede si riguardano come un sol tutto (*confusio bonorum heredis et defuncti*) (4); l'erede rimpiazza il defunto in tutti i suoi crediti e debiti, tranne i diritti e le obbligazioni essenzialmente personali (5); egli è dunque obbligato a tutti i debiti, anche quando la successione non è sufficiente (6).

2. Che è tenuto a riconoscere come obbligatorj per sè, tutti gli atti derivanti dai beni del defunto (7).

3. Finalmente, che è in obbligo di compiere le disposizioni d'ultima volontà impostegli dal defunto, di soddisfare i legati e i fidecommessi di cui è incaricato, ma fino a concorrenza soltanto dell' ammontare della successione, deduzion fatta dai debiti (8). Il diritto romano riguarda come un'obbligazione *quasi ex contractu*, questo dovere dell' erede di fronte ai legatarj e fidecommissarj (9).

§. 723. *Modificazioni di questi effetti.*

L'acquisto d'una successione di cui il passivo eccede l' attivo, può facilmente, recar danno all'erede; la legge

---

§. 628. Ordinariamente fra i casi d' indegnità di questa specie vien situato egualmente quello in cui fratelli e sorelle hanno attentato alla vita del defunto, o lo hanno accusato criminalmente, o hanno cercato di toglierli, i beni; essi sono esclusi, e la loro porzione è divisa fra gli altri fratelli e sorelle.

(1) Fr. 48, Dig. XXXVI, 1. - Cost. 5, C. VI, 37.

(2) Cost. 25, C. VI, 37.

(3) Cost. un. §. 12, C. VI, 51.

(4) Fr. 75; fr. 95, §. 2, D. XLVI, 3.

(5) Ma la possessione del defunto non è la sua; egli è obbligato di mettersi egli stesso in possesso, fr. 23, pr. D. XLI, 2.

(6) Fr. 8, pr. D. XXIX, 2. - Cost. 10; Cost. 22, §. 12, 14, C. VI, 30. - Il soldato non è tenuto dei debiti fino alla concorrenza dei beni che riceve. Cost. 22, pr. §. 15, ivi.

(7) Fr. 1, pr. §. 1; fr. 3, D. XXI, 3. - Cost. 3, C. VI, 15.

(8) Fr. 23, in fine, D. XLII, 8. - fr. 17, D. XXXIX, 6. - Quando i legati superano la successione devono esser ridotti proporzionatamente, e l' erede conserva il suo diritto sulla porzione stabilita dalla legge Falcidia; - fr. 80, D. XXX. Ma in diritto nuovo l' erede, il quale vuol profittare di questi vantaggi, deve accettare la successione sotto benefizio, di inventario. Nov. 1, c. 2, §. 2; e a questo proposito, vedi il §. 689, alla fine.

(9) §. 5, J. III, 27 (28). - fr. 5, §. 2, D. XLIV, 7. - fr. 3, §. ult.; fr. 4, D. XLII, 4. - Holzio, nella *Thémis*. Tit. VII, p. 524, contesta che il motivo di questa obbligazione riposa nell' adizione d' eredità. - Vedi frattanto van Assen, nelle *Bydragen tot Regtsgeleerdheid*, t. IV, p. 117, al quale Holzio ha rispetto nuovamente nel *Mag. civ.* di Hugo, t. VI, n. 17.

per ciò gli accorda due mezzi di evitar questo danno: il *diritto di deliberare (jus deliberandi)* e il *benefizio d' inventario (beneficium inventarii)*. Qualunque erede, e sia pur suo o volontario, può invocare questi due benefizj della legge (1), e da lui dipende l' accettare o il ripudiare la successione puramente e semplicemente, o di riservarsi il diritto di deliberare, o col benefizio d' inventario (2); nullameno differentissime sono le conseguenze e gli effetti di queste due specie d'accettazione.

§. 724. *Per delitto di deliberare.*

Consiste il diritto di deliberare *(jus deliberandi)* nel diritto che ha l'erede di esaminare lo stato della successione e decidere se il suo interesse esige l' accettarla o il ripudiarla (3). Quindi sono applicabili i seguenti principj:

1. Quando altri eredi (come coeredi, sostituiti, ed altri eredi ab intestato) o creditori della successione, hanno interesse che l'erede dichiari d'accettare o di ripudiare, egli è in obbligo di fare immediatamente la sua dichiarazione o di chiedere un lasso di tempo per deliberare: questo spazio, accordato dal principe, è d' un anno: dal giudice, di nove mesi, a datare dal giorno della concessione (4). Trascorso questo spazio, e non fatta la dichiarazione, vien riguardato come se avesse ripudiato, esistendo altri eredi che abbiano insistito sulla dichiarazione; quando, al contrario, sono creditori, si considera come se avesse accettato (5). S'egli muore pendente il tempo accordatogli a deliberare, i suoi eredi profittano del rimanente di questo spazio; essi possono dunque sempre dichiararsi sull'accettazione o sulla repudia (6).

2. Quando niuno insiste perchè l'erede dichiari, la legge gli accorda di pieno diritto un anno a deliberare; quindi, morendo egli durante questo spazio di tempo, senza aver dichiarato, i suoi eredi hanno sempre la facoltà di accettare la successione o di rinunziarla. Ma se lasciato decorrere questo spazio egli muore, non si accorda agli eredi trasmissione di sorta, a meno che non abbia chiesto al finire dell' anno un nuovo spazio per deliberare; in tal caso, la trasmissione si accorda, pendente questo spazio (7).

3. Quando nell'un caso come nell'altro, l'erede che ha deliberato dichiara volere accettar la successione, egli è tenuto puramente e semplicemente di tutti i debiti del defunto (8); lo stesso principio è applicabile a colui che, non avendo fatta dichiarazione alcuna nel tempo accordato, si riguarda come erede.

§. 725. 2. *Per benefizio d'inventario.*

Pel diritto antico, qualunque erede rivestito di questa qualità era puramente e semplicemente tenuto di tutti i debiti, quand' anche eccedessero l'attivo della successione; il militare solo eccezionava la regola (9). Ma Giustiniano estese questo privilegio, accordato al militare, a qualunque erede che dichiarasse, nell'adizione, di non accettar la successione che conformemente a un inventario (10).

---

(1) Fr. 8, D. XXVIII, 8.

(2) Cost. 22, §. 14, C. VI, 30.

(3) Dig. XXVIII, 8. - Cod. VI, 30. - J. C. Roch, *De herede deliberante*. Giess. 1783. - J. J. Ermerio, *Diss. ad jur. rom. locum de jure deliberandi*. Lugd. - Bat. 1817.

(4) Cost. 22, §. 13, C. ivi. - Cpr. fr. 3, 4, D. ivi.

(5) Cost. 69, D. XXIX, 2.

(6) Cost. 19, C. VI, 30. - Unterholzner, *De la prescription*, t. II, §. 166.

(7) Cost. 19, citata. Questa trasmissione dell' erede deliberante è chiamata adesso *transmissio Justinianae*, vedi il §. 691.

(8) Cost. 22, §. 14, C. ivi.

(9) Cost. 22, pr. §. 15, C. VI, 39.

(10) Cost. 22, C. VI, 30. - Nov. 1, c. 1, 2. - Sopra tutta questa materia, vedi

A. Quanto alla forma dell'inventario, Giustiniano stabilì le seguenti disposizioni:

1. L'erede deve incominciare la confezione dell' inventario pendenti trenta giorni dall'epoca in cui sa essere stata aperta la successione a lui deferita, e perfezionarlo dentro i sessanta, ma essendo assente, gli è accordato un anno per tale operazione.

2. La presenza di un notaro *(tabellario)* è indispensabile, non menochè, a tenore di una susseguente disposizione della Nov. 1, cap. 2, § 1, di quella di tutte le persone che vi hanno interesse (creditori, legatarj, coeredi), o in lor mancanza, di quella di tre testimonj.

3. L'inventario dev'esser sottoscritto dal notaro e dall'erede, il quale può apporre una croce, non sapendo scrivere; ma un altro deve dichiarare un tal fatto. Si può del pari esigere dall'erede il giuramento che l'inventario è fatto fedelmente, e s'egli è colpevole di sottrazione è tenuto a pagare il doppio.

B. L'accettazione della successione con benefizio d'inventario, produce i seguenti effetti:

1. L'erede non cessa d'essere realmente erede; ma è al coperto di qualunque danno, poichè non deve soddisfare i creditori e legatarj che fino a concorrenza dell' attivo della successione; a tal uopo è in obbligo di far vendere tutti gli oggetti attenenti all'eredità o di darli in pagamento.

2. Pendente la confezione dell'inventario, i creditori non possono prender nulla; ma dopo questa confezione, l'erede paga i creditori e legatarj secondo l'ordine con cui si presentano, senza riguardo a diritto d'ipoteca, di pegno, o privilegio, e allorchè la massa è esaurita, nè egli, nè il compratore degli oggetti componenti la successione, può più venire azionato.

3. L' erede può innanzi tutto detrarre le spese funerarie, quelle d'apertura del testamento e della confezione dell'inventario.

4. Non vi è confusione alcuna di patrimonio fra il defunto e l'erede, il quale essendo creditore di lui, ha diritto di pagarsi a guisa d' ogni altro creditore, ma è, d'altronde, obbligato di recare alla massa ciò ch'egli deve al defunto, a fine di distribuirlo ai creditori.

5. L'erede che trascura di far l'inventario nel tempo legale, ne perde il benefizio; come nel tempo accordatogli per deliberare; egli è dunque tenuto a scegliere fra l' inventario e il tempo della deliberazione (1).

6. Una disposizione posteriore della Nov. 1, c. 2, § 2, sanziona, che l'erede il quale adisce senza inventario, perda non solo il diritto di detrarre dai legati la porzione fissata dalla legge Falcidia, ma sia di più in obbligo di pagarli per intero, anche del proprio.

§. 726. C. *Della trasmissione.* 1. *Della trasmissione della successione acquistata.*

L'acquisto della successione produce l'effetto importantissimo, che l'erede *trasmette* la medesima ai suoi eredi, come parte costituente i suoi beni (2).

1. L'erede suo acquistando di pieno diritto, al momento stesso della delazione, la successione a lui dovuta, ne consegue che la trasmette ai suoi eredi, purchè sia sopravvissuto un solo istante al defunto, anche igno-

A. R. Wyss, *De beneficio inventarii.* Heidelberg, 1814.

(1) Cost. 22, §. 1-14, C. VI, 30.

(2) Duarein, *Comm. in Tit. Dig. de acq. vel om. hered.* cap. 5, *Opp.* p. 450. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 4. - J. H. Berger, *Diss. de transmissione hereditatis.* Veteb. 1688, e nelle sue *Diss. sel.* p. 463. - C. F. F. Bucher, *Diss. de jure transmissionis hereditatis et legati.* Marb. 1805. - F. M. Steppes, *Die transmission der Erbschaft nach rœm. Rechte*, ovvero *Della trasmissione della successione in diritto romano.* Munich, 1831.

rando che la successione gli appartenesse (1). Lochè oggi dicesi *transmissio ex capite suitatis*.

2. L'erede volontario, al contrario, non acquista l'eredità che per l'adizione, e bisogna applicare la regola: *hereditas nondum adita, non transmittitur ad heredes* (2).

§. 727. 2. *Della trasmissione del diritto d'adizione.*

Ma vi sono molti casi nei quali questa regola incontra eccezioni, poichè sovente un erede volontario, il quale muore prima d'aver dichiarato, se accetta o repudia la successione, trasmette nullameno ai suoi eredi il diritto di accettare la successione a lui deferita. Quindi:

1. Se l'erede non ha potuto adire per legale impedimento, i suoi eredi hanno il diritto di accettare la successione a lui deferita, cessando l'impedimento (3).

2. Se l'erede non ha potuto adire, essendo assente per lo Stato, i suoi eredi sono in diritto di chiedere la restituzione per causa d'assenza e anco di accettare la successione (4); è ciò che dicesi al presente, abbenchè molto erroneamente *transmissio ex capite restitutionis in integrum*.

3. Se la successione era deferita a un infante, e il padre, sotto la cui potestà egli trovavasi, trascurava di acquistarla, egli aveva il diritto, giusta una disposizione di Teodosio, in caso di sua morte nell'età dell'infanzia (*in infantia*), d'accettare anco per sè. Il padre ha lo stesso diritto quando l'infante era *sui juris* all'epoca della delazione: questa trasmissione dicesi: *transmissio ex capite infantiæ* (5).

4. Quando un discendente è istituito erede per testamento da un ascendente, e muore innanzi il testatore, o per lo meno innanzi d'avere adita l'eredità, egli trasmette ai suoi discendenti il diritto di accettare la successione, i quali discendenti debbono in tal caso riguardarsi come sostituiti per legge; ma lo stesso non è a dire degli altri eredi. Questo principio è del pari basato sopra una costituzione di Teodosio, e questa trasmissione dicesi al presente *transmissio Theodosiana* (6).

5. Quando un erede muore pendente l'anno in cui ha avuto notizia della delazione della successione, o prima che sia decorso lo spazio accordatogli a deliberare, senza aver fatto dichiarazione, i suoi eredi possono ancora accettare la successione nello spazio che rimane. Questa specie di trasmissione dicesi al presente *transmissio justinianæ*, perchè si basa sopra una costituzione di questo imperatore (7).

Chiunque è in diritto d'acquistare una successione, fondandosi sopra una di queste trasmissioni, esclude tutti coloro che sarebbero stati esclusi dal suo autore, in conseguenza anche i di lui sostituiti (8).

§. 728. *Mezzi competenti all' erede onde perseguitare il suo diritto.* 1. *Mezzi petitorj.*

All'oggetto di perseguitare in giu-

(1) Cost. 3, C. VIII, 30.

(2) Cost. 7, C. ivi.

(3) Fr. 3, §. 30; fr. 4, D. XXIX, 5. - fr. 4, §. ult.; fr. 5, D. XXXVII, 4. - fr. 12, D. XXXVII, 10.

(4) Fr. 30, pr.; fr. 86, pr. D. XXIX, 2. - Cost. 1, C. II, 51.

(5) Cost. 18, §. 1, 3, C. VI, 30. - In realtà questo caso non appartiene ai veri casi di trasmissione, perchè il padre ha questo diritto *patrio jure*, e non come erede del figlio.

(6) Cod. VI, 52. - Le opinioni degli autori sono differentissime sopra questa trasmissione. Vedi F. A. Niemeyer, *Diss. de la transmission Theodosiana.* Halæ, 1812. - C. G. Diehl, *Diss. de la transmission Theodosiana.* Heidelb. 1814. - Thibaut, *System.* p. 675.

(7) Cost. 19, C. VI, 30. - Vedi sopra il §. 688, e le note 4, e 7 di questo paragrafo.

(8) Quistorp. *Rechtl. Bemerk.* tom. II, n. 30, e C. L. Crell, *Diss. utrum herede*

dizio il diritto di successione e la successione stessa, la legge accorda all'erede dei mezzi di diritto sia *petitorii*, sia *possessorii*.

A. Ai mezzi *petitorii* appartiene la *petizione d'eredità* (*hereditatis petitio* (1).

1. La petizione dell'eredità compete a qualunque erede, testamentario o intestato (2), civile o pretorio (3), diretto o fidecommissario (4), *ex asse* o *ex parte* (5). Può essa anco intentarsi *utiliter* da colui che ha comprata la successione per intero o in parte (6).

2. Non può dirigersi che contro quegli che contrasta la successione all'attore e ritiene oggetti che ne formano parte. Può essa dunque intentarsi:

a) Contro colui *qui pro herede possidet*, quegli cioè che si spaccia erede e nega all'attore il diritto alla successione (7).

b) Contro quegli *qui pro possessore possidet*, quegli cioè che non può provare un titolo sufficiente di possesso e contrasta nullameno il diritto all'attore (8).

3. L'azione mira a far dichiarare chi ne profitta, erede, unico, o coerede, e a fargli restituire l'intera successione o la parte che gli è dovuta, o ciò che il convenuto possiede, con tutti gli accessorii, *cum omni causa* (9). Quanto ai frutti:

a) Il possessore a buona fede non è obbligato a restituire che i frutti percetti esistenti innanzi che l'azione sia introdotta, purchè non gli abbia egli prescritti; ma per i consumati non è tenuto che in quanto siasi locupletato. E deve del pari restituire i frutti percetti dopo che l'azione fu intentata, non meno che quelli i quali avrebbe potuto percipere; ma non è passibile dei frutti venuti meno per caso fortuito (10).

b) Il possessore a mala fede deve restituire puramente e semplicemente tutti i frutti, non esclusi quelli che avrebbe potuto percipere (11).

---

instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur. Vitemb. 1734. - Questi due autori sono di parere differente a motivo del fr. 72, D. XXIX, 2. - Ma questo passo decide la questione secondo il diritto antico, il quale si modifica da se stesso dopo l'introduzione della trasmissione.

(1) Dig. V, 3. - Cod. III, 31. - Glück, *Comm.* parte 7. §. 562-571. - Paul Petzold, *Spec. observationum ad. L.* 5, *Cod. de hered. petit.* Lips. 1804. - Thibaut, *Systèm.* §. 738-742. - Schweppe, *Pandectes*, §. 851-857.

(2) Fr. 1, 3, D. V, 3. - Se la petizione di eredità intestata dall'erede intestato contro l'erede testamentario, e se attacca nel tempo stesso la validità del testamento, ella si chiama oggi *hereditatis petitio qualificata*.

(3) Dig. V, 5. - Se è intentata dall'erede giudiciale si chiama, *hereditatis petitio possessoria*. - Glück, *Comm.* parte ottava, §. 573.

(4) Fr. 1, 2, D. V, 6. - Se è intentata dal fidecommissario si chiama, *hereditatis petitio fideicommissaria*. Questa non può essere intentata che dopo la restituzione, e nullamente contro quello il quale ha restituita la successione, fr. 3, §. 1, ivi. - fr. 27, §. 7; fr. 37, pr. D. XXXVI, 1.

(5) Dig. V, 4. In questo caso si chiama anche oggidì, *hereditatis petitio partiaria*. Glück, *Comm.* parte ottava, §. 572.

(6) Fr. 54, pr. D. V, 3.

(7) Gajo, IV, 144. - fr. 9-11, D. V, 3. - §. 3, J. IV, 15, e Teofilo sopra questo passo.

(8) Gajo, IV, 144, - §. 3, J. IV, 15. - fr. 11-13; fr. 18, §. 2; fr. 19, D. V, 3. - Nei due casi (*pro herede et pro possessore*) l'azione ha luogo egualmente contro il *fictus possessor*; fr. 13, §. 13, 14, D. V, 3. - fr. 7, D. VI, 1. - Ma l'azione non si intenta in petizione di eredità contro chi, senza contestare il diritto di successione del richiedente, possiede a titolo particolare cose indivisibili, o una parte della successione come, perchè egli le ha comprate; si diriga contro lui l'azione pubblicana; fr. 25, §. 17, D. V, 3. - Cost. 7, C. III, 31. - Cost. 4, C. VII, 34.

(9) Fr. 10, §. 1, D. V, 3.

(10) Cost. 1, §. 1, C. III, 31. - Cpr. fr. 25, §. 11; fr. 40, §. 1, D. V, 3. - §. 2, J. IV, 17.

(11) Fr. 25, §. 4, D. V, 3. - fr. 40, §. 1, ivi. - §. 2, J. cit.

4. Dal canto suo, può il convenuto opporre le sue contro pretese; quindi può esigere:

a) Tuttociò che è in diritto di domandare dalla successione, come creditore (1).

b) Le spese fatte a tal uopo. Se sono state fatte per acquistare i frutti, qualunque convenuto, possessore di buona o mala fede, è in diritto di esigerle, in quanto è tenuto a restituire i frutti medesimi (2). Quando, al contrario hanno per oggetto la sostanza della successione, il possessore a buona fede può chiedere indennità per tutte le spese, ancorchè sieno state in progresso perdute; il possessore a mala fede, ha diritto alle spese necessarie, in qualunque caso, e alle spese utili, ove esista ancora un vantaggio dalle medesime prodotto; quanto alle spese voluttuarie non ha che il diritto a riprenderle (*jus tollendi*) (3).

5. La petizione dell' eredità s'estingue, giusta la regola generale sulla prescrizione delle azioni, pel lasso di 30 anni, ed è senza motivo che si fa durare 90 anni per gl'infanti chiamati ab intestato alla successione paterna, e 120 per gl'infanti istituiti nel testamento (4).

§. 729. 2. *Mezzi possessorj.*

B. Fra i mezzi possessorj si annovera:

1. L' interdetto *quorum bonorum*, che può invocare quegli che ha ottenuto la *bon. poss.*, contro chi possiede la successione a titolo d'erede o di possessore, o che ha cessato di possederla per dolo (*dolo malo*); esso mira a porre l' attore nel possesso delle cose corporee della successione (5).

2. La specie d' immissione nei beni del defunto (*missio in bona defuncti*), che i moderni dicono *remedium ex lege ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo* (VI, 33), col mezzo della quale chi è istituito erede in un testamento scritto, inattaccabile quanto alla forma esterna e scevro di qualunque vizio apparente, può chiedere la provvisoria immissione in possesso della successione.

3. Molte altre immissioni in possesso dei beni del defunto, del pari provvisorie, specialmente:

a) L' immissione in possesso *ex edicto Carboniano*, allorquando si contrasta al figlio del testatore il diritto alla successione, negando la sua qualità di figlio; questi può chiedere, sotto la sorveglianza d' un curatore, la sospensione del processo fino alla sua pubertà, il possesso della successione paterna, e gli alimenti (6).

b) L'immissione in possesso *quæ ventri datur*. La moglie incinta alla morte del marito, può esiger del pari, sotto la sorveglianza di un curatore, il possesso provvisorio della successione e degli alimenti, fino al momento in cui partorisce, o finchè non sia provato non esistere lo stato di sua gravidanza (7).

c) Finalmente, la *bon. poss. quæ furioso datur* (8), di cui abbiamo già parlato più sopra.

---

(1) Cost. 3, C. III, 31.

(2) Fr. 36, §. 5, D. V, 3. - fr. 46, D. XXII, 1.

(3) Fr. 38, 39, D. V, 3.

(4) Cost. 3, C. VII, 39. - Koch, *Succ. ab int.* §. 129. - Thibaut, *De la prescription*, pag. 129. - Unterholzner, *De la prescription*, t. II, §. 167, 168.

(5) Gajo, IV, 144. - §. 3, J. IV, 15. - Dig. XLIII, 2. - Cod. VIII, 2. - C. A. Rogge, *Diss. proponens interpretationem L. 1, D. quorum bonorum.* Regiom. 1817. - Le opinioni degli autori sono nulla di meno divise assai sopra la natura di eredità possessoria.

(6) Dig. XXXVII, 10. - Cod. VI, 17.

(7) Dig. XXV, 5. - XXV, 6. - XXXVII, 9.

(8) Dig. XXXVII, 3. - Cost. 7, §. 3, 8, C. V, 79.

§. 730. II. *Del concorso di più eredi.* A. *Della parte di ciascuno di essi per i crediti e debiti della eredità.*

Quando una eredità è stata deferita a più, e da tutti acquistata, ciascun coerede ottiene, in proporzione della sua quota ereditaria, un diritto su tutto ciò che appartiene alla eredità. I crediti e debiti del defunto si dividono fra tutti i coeredi, giusta la parte di ciascun d'essi (*nomina et debita hereditaria ipso jure inter coheredes sunt divisa*); accettando la eredità, ciascun coerede acquista la sua parte ed ha il diritto, anche prima della divisione, di azionare i debitori della eredità per la sua parte e porzione (*pro rata*); ma d'altronde può esser perseguitato, per la medesima porzione, dai creditori (1). Il testatore però è in diritto di fare una diversa divisione dei crediti e debiti, e gli eredi possono, per convenzione in diverso modo determinarli; ma nell'un caso e nell'altro, queste modificazioni non sono obbligatorie che per gli eredi e non influiscono per nulla su i debitori e creditori della eredità; essi restano direttamente obbligati di fronte a ciascun erede per la sua parte, e non possono che per la parte medesima perseguitarlo (2).

§. 731. B. *Divisione della eredità.*

Ciascun erede ha il diritto di perseguitare il suo coerede per la divisione della eredità, purchè abbia la facoltà di liberamente disporre dei suoi beni, e non sia stato dal testatore ordinato o dagli eredi convenuto che la eredità resti indivisa durante un certo determinato tempo (3).

1. La divisione può farsi stragiudicialmente, essendo concordi gli eredi, per arbitri, giudicialmente, per sentenza di giudice, elevandosi fra gli eredi delle controversie; in tal caso, ciascun erede ha contro il coerede, l'azione divisoria della eredità (*actio familiæ erciscundæ*) (4).

2. Forma subietto di divisione in generale tuttociò che realmente appartiene ai beni del defunto, dopo aver separato tutto che deve darsi ad altri, o ciò che deve essergli restituito, in specie i beni particolari dei figli e la dote della moglie. Vi sono però delle cose, che comunque attenenti ai beni del defunto, pur nullameno si escludono per intero dalla divisione; per esempio: le cose che possono facilmente recar danno, o che offendono la morale e il buon costume (5); i documenti e gli atti i quali si danno a quelli la di cui persona o diritti concernono (6); vi sono altre cose escluse dalla divisione solo perchè non possono *realmente* dividersi, essendo fisicamente o legalmente indivisibili. Quando la cosa è fisicamente indivisibile, come un quadro, un cavallo, e allorchè gli eredi vogliono la divisione, uno di essi se

(1) Cost. 6, C. III, 36. - Cpr. fr. 25, §. 13, D. X, 2. - Cost. 1, C. VIII, 36. - Cost. 1, C. VIII, 32. - Cost. 26, C. II, 3. - Perciò i crediti e debiti ereditarj non formano l'oggetto dell'azione *familiæ erciscundæ*; fr. 4, pr.; fr. 25, §. 1, D. X, 3. - C. L. Crell, *De divisione nominum in judicio familiæ erciscundæ*. Viteb. 1743.

(2) Fr. 3, pr. D. II, 15. - Cost. 25, 26, C. II, 3. - fr. 2, §. 5; fr. 3; fr. 20, §. 3; fr. 25, §. 1, 13, D. X, 2. - fr. 11, 14, D. XX, 5. - fr. 69, §. 2, D. XXX. - Cpr. fr. 14, D. II, 15; e sopra questo passo, vedi G. F. Held, *Diss. ad L.* 14, *D. de transact.* Lips. 1828.

(3) Fr. 14, §. 2, D. X, 3. - Cost. 5, C. III, 37.

(4) §. 4, J. IV, 17. - §. 3, 4, J. II, 27 (28). - Dig. X, 2. - Cod. III, 36, 88. - F. A. Mehl, *Judicium familiæ erciscundæ*, Gœtt. 1780. - Glück, *Comm.* parte 11. §. 625, e seg. - G. J. Martini, *Diss. de hereditate plurimis communi.* Lugd.-Bat. 1825. - Vedi più sopra i §§. 465-467.

(5) Fr. 4, §. 1, D. X, 2. - fr. 9, D. XLIX, 14.

(6) Fr. 4, §. 3; fr. 5; fr. 8, D. X, 2. - Cost. 2, C. VIII, 32.

l' aggiudica, e all'altre corrisponde col prezzo, o la cosa si vende e se ne distribuisce il valore (1). Quando poi la cosa è indivisibile anco legalmente, come una servitù reale, trapassa in quello fra' coeredi che riceve il fondo dominante; ma se anco il fondo è diviso o rimane in comunione, ciascuno dei coeredi può esercitarla per intiero (2).

3. La divisione istessa può farsi in diversi modi: per distribuzione reale di cose divisibili fra i coeredi, e allora bisogna considerarla come una permuta; o rilasciando a un solo dei coeredi, che corrisponde agli altri col prezzo, tutte o parte delle cose della eredità: allora bisogna riguardarla come una vendita, e il prezzo che uno dei coeredi deve pagare all'altro dicesi *pecunia hereditaria*. Qualunque siasi il modo di porre in essere la divisione, contiene esso sempre un'alienazione necessaria, ammissibile per ciò nei casi in cui l'alienazione è proibita generalmente (3); infine è del pari un' alienazione onerosa e soggetta alla obbligazione della garanzia, come la vendita e la permuta (4).

4. Quando uno dei coeredi non ha preso parte nella divisione d' una successione, ha il diritto d'insorgervi contro e d' esigere dagli altri eredi la sua parte, o di provocare una nuova divisione (5). Ma quando tutti i coeredi vi hanno partecipato, e che uno di essi è rimasto leso, bisogna distinguere:

a) Il defunto ha egli stesso determinate le cose e il loro valore, che ciascuno erede deve ricevere per sua porzione? In tal caso la lesione non ha luogo che per la legittima (6).

b) La divisione è determinata per sentenza di giudice (*judicio familiæ erciscundæ*)? Se il decreto è passato in cosa giudicata, non si può insorgere contro la divisione, anco per causa di lesione enorme d' uno dei coeredi (7).

c) Gli eredi hanno diviso fra loro o alla presenza d'un arbitro? In tal caso, la lesione fraudolenta dà sempre luogo ad azione in risarcimento del danno; ma quando non vi è stato dolo, bisogna che la lesione consista nella metà, affinchè il leso possa intentare azione; per esempio, quando ha ricevuto prezzo inferiore alla metà del vero valore della sua parte (8).

§. 732. C. *Della collazione.*

Allorchè dei discendenti dividono la eredità dei loro ascendenti, sono essi, uno di fronte all' altro, soggetti alla *collazione* (9), cioè a dire, sono tenuti a computare nella comune eredità, o a far dedurre dalla loro por-

---

(1) Fr. 22, §. 4, D. X, 2. - Cost. 3, C. III, 37.

(2) Fr. 23, §. 3; fr. 25, D. VIII, 3. - fr. 4, §. 3, D. VIII, 5.

(3) Fr. 1, §. 2, D. XXVII, 9. - Cost. 17, C. V, 71.

(4) Fr. 25, §. 1, D. X, 2. - Cost. 14. C. III, 26. - Cost. 7, C. III, 38. - Frattanto quando il defunto stesso ha l'assegna, il coerede che vien richiesto, d'una parte, non può esiger garanzia se non tanto quanto vi ha diritto; fr. 77, §. 8, D. XXXI. - Glück, *Comm.* parte 11. p. 78, 107.

(5) Fr. 44, §. 2, D. X, 2.

(6) Cost. 10, 26, C. III, 36. - Nov. 22, C. 48.

(7) Arg. fr. 56, D. XLII, 1. - fr. 25, D. I, 5. - fr. 207, D. L, 17.

(8) Cost. 1, 3, C. III, 38. - Cost. 2, C. IV, 44. - G. C. Gebauer, *Diss. de herede cito ob inæqualitatem in melius reformando.* Gœtt., 1738, e nei suoi *Exerc. acad.* I, n. 14.

(9) Ulpiano, XXVIII, 4. - Dig. XXXVII, 6-8. - Cod. VI, 20. - Nov. 18, c. 6. - C. Pfizer, *Uber die Collation der Descendenten*, ovvero *Del rapporto dei discendenti.* Stuttg. 1807. - D. Unterholzner, *Diss. pertractans historiam doctrinæ jur. rom. de collationibus.* Altorf. 1809. - (*Annales de Heidelb.* 1810, p. 93). - K. F. Reinhardt, *Die Lehre von der Einwerfung*, ovvero *Del rapporto*, Stuttg. 1818. - C. P. N. Petersen, *Diss de collatione bonorum.* Havniæ, 1825. - F. Geidner, *Uber die art der Collation der Descendenten, bei Erbtheilungen*, ovvero *Della specie*

zione, ciò che hanno ricevuto dal defunto durante sua vita, e in quanto sono divenuti locupleziori (1); la collazione si fa dunque in natura, o prendendo un meno. Appartiene alle cose soggette alla collazione la dote e la donazione a causa di nozze (2).

La legge dispensa dalla collazione:

1) Di pieno diritto gli alimenti e le spese d'educazione, il peculio castrense e quasi castrense che il figlio ha ricevuto dai genitori (3); quindi, tutto ciò che i discendenti non acquistano che alla morte dell'ascendente per legato, fidecommesso o donazione a causa di morte (4); i frutti e gl' interessi delle cose soggette alla collazione (5); infine, generalmente, le donazioni tra' vivi (*donationes inter vivos simplices*) che un figlio ha ricevute dai suoi genitori; a menochè un altro figlio non abbia ricevuto una donazione *sub causa* (per esempio: *dos*, *donatio propter nuptias*) soggetta alla collazione: in tal caso, anco la donazione semplice deve portarsi in collazione (6).

2) Quindi il testatore ha il diritto di dispensare dalla collazione un solo o tutti i discendenti, purchè non leda la legittima degli altri (7); può, del pari, ordinare la collazione delle cose che non vi sono soggette, purchè egli le abbia rilasciate senza esservi obbligato dalla legge; per esempio, alimenti ordinarj; infine, l' obbligo della collazione deve essere stato imposto all' epoca della donazione (8).

§. 733. D. *Del diritto d'accrescimento.* 1. *Principj generali.*

Allorchè più eredi concorrono e uno d'essi viene a mancare, gli altri sono soggetti, sia in lor pro, sia in lor danno, al *diritto d'accrescimento (jus accrescendi)*, vale a dire, che la porzione vacante, per difetto d'uno degli eredi, accresce agli altri in proporzione della lor parte ereditaria (9).

I seguenti principj generali s' applicano al diritto d' accrescimento:

---

del rapporto dei discendenti in materia di divisione. Würzbourg, 1825. - Cpr. Hugo, *Hist. du droit*, p. 533. - Rosshirt, *Erbrecht*, cap. 2, §. 28.

(1) Chi non è erede non ha bisogno di conferire, fr. 9, D. XXXVII, 7. - I nipoti che ereditano dal loro avo devono non solamente conferire ciò che hanno ricevuto loro stessi, ma egualmente ciò che il loro padre o madre premorti avrebbero dovuto conferire, e anche quando non sarebbero divenuti eredi di questi ultimi. Ciò resulta dai termini della Nov. 118, c. 1. « Tantam de hereditate morientis accipiunt partem, quantam eorum parens, si viveret, habuisset ». Ma questa regola soffre eccezione quando il nipote non è stato instituito dall'avo che per la sua legittima. Cost. 20, C. VI, 20. - Gli ascendenti, e i fratelli, e le sorelle del defunto non sono mai soggetti a conferire.

(2) Cost. 12, 16, 17, 19, 20, pr. C. VI, 20. - Se la cosa soggetta al conferirsi è stata distrutta senza colpa dell' erede, questo non è tenuto di conferirla, fr. 2, §. 2, D. XXXVII, 6. - Nov. 97, c. 6.

(3) Fr. 1, §. 15, D. XXXVII, 6. - Cost. 12, 20, pr. C. VI, 20. - Il peculio avventizio, che i figli acquistavano nell' antico diritto per il padre, in diritto nuovo per loro medesimi, non ha bisogno d' esser conferito. Cost. 21, C. ivi.

(4) Fr. 1, §. 19, D. ivi. - Cost. 10, 13, 15, C. ivi.

(5) Ma quello che è obbligato a conferire non deve essere indietro; fr. 5, §. 1, D. XXXVII, 7.

(6) Cost. 20, §. 1, C. VI, 26. - C. F. Pæhke, *Diss. de donatione simplici in hereditatem paternam non conferenda.* Helmst. 1762. - E. de Man, *De donatione simplici jure rom. non conferenda.* Ultraj. 1804. - J. C. Berkhan. *Diss. de collatione donationis simplicis ad L.* 13, *et* 20, *C. de collat.* Halæ, 1805.

(7) Nov. 18, c. 6.

(8) Cost. 20, §. 1, in fine, C. VI, 20. - Cpr. fr. 25, pr. D. V, 2. - Cost. 35, §. 2, C. III, 28.

(9) Sopra l'antico diritto, Ulpiano, XVII, XVIII. Sopra il diritto nuovo, Dig. XXVIII, 5; XXIX, 2. - Cod. VI, 10, e 51.

Bibliografia: Gajo. *Recit. ad Cod. lib. VI, tit.* 51. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 12, 15. - Duarein, *De jure accrescendi*; nell'*Oper.* ed. Frf. 1592, p. 1075. - Th. Papillon, *De jure accrescendi*; in

1. Esso ha luogo tanto fra gli eredi ab intestato che fra i testamentarj, e senza distinguere se la eredità è loro stata deferita per diritto civile o pretorio (1).

2. Ma la porzione del mancato non accresce se non quando egli non gode di alcun diritto di trasmissione, e gli eredi testamentarj non profittano del diritto d' accrescimento che nel caso in cui il mancato non abbia alcun sostituito, o che anche questi venga del pari a mancare (2).

3. Il testatore non può direttamente proibire il diritto d' accrescimento, ma solo indirettamente, facendo una sostituzione (3).

4. L' accrescimento ha luogo di pieno diritto, anche a insaputa e contro la volontà (4) degli altri eredi, di guisachè la porzione vacante non deve essere accettata; essa accresce *cum omni onere*, e l' erede cui essa è devoluta, è tenuto ai tutti gli oneri posanti su lei (5).

5. Il diritto d' accrescimento non vantaggia coloro la di cui porzione ereditaria, sia ab intestato, sia per testamento, è determinata dalle leggi a un maximum assoluto o relativo ch' essi hanno ricevuto: ma concorrono però all' oggetto di raggiungere la quota di questo maximum (6).

§. 734. 2. *In materia di successione ab intestato.*

In materia di successione ab intestato, il diritto d' accrescimento ha luogo quando uno degli eredi cui è deferita la eredità, viene a mancare (7), giusta i principj seguenti:

1. La porzione vacante accresce a coloro che sarebbero succeduti, se il mancato non avesse in principio concorso; essi dividono in proporzione della lor parte ereditaria (8).

Ott. *Thes* tom. IV, p. 765. - Edm. Merillio, *De jure accrescendi et conjunctionis*; ivi, *tom. IV*, pag. 1753. - Scipione Gentile, *Tract. de jure accrescendi* (nell' *Oper.* Neap. 1763, t. I, p. 175). - G. Majans., *De jure accrescendi*; nella *Disp. jur. civ.* t. II, disp. 38. - J. A. Bach, *Diss. de jure accrescendi*, nell' *Opusc.* p. 323. - Th. G. van Alphen, *De origine, natura, et effectui juris accrescendi.* Lugd.-Bat. 1807. - Vinc. G. A. Ludwig, *Diss. I De jure accrescendi.* Lips. 1817. - A. G. Huidecooper, *Diss. de jure accrescendi ex legibus roman.* t. II, p. 1. - J. Cousturier, *Diss. de jure accrescendi ex legibus rom.* Traj. ad Rehn., 1817. - Schœman, *Manuel du droit civil*, t. II, p. 1. - J. Cousturier, *Diss. de jure accrescendi.* Leodii, 1825. - W. M. Rossberger, *Jus accrescendi ex fontibus juris romani genuinis illustratum.* Lips. 1827. - Soprattutto H. Baumeister, *Del Diritto di accrescimento fra coeredi in diritto romano.* Tüb. 1829. - Rudorff. *De la caducorum vindicatio*: nel *Journal pour la Jurisp. hist.* t. VI, p. 397. - Rosshirt. *Erbrecht*, cap. 2, §. 29.

(1) §. 5, J. III, 9 (10). - Cod. VI, 10. - Sulla questione di sapere se, in una successione venduta, il diritto di accrescimento ha luogo per il compratore o per il venditore, vedi fr. 2, §. 1, D. XVIII, 4, e sopra questo passaggio, Glück, *Comm.* parte 16, pag. 341. - Rubo, *Diss. de jure accrescendi hereditate vendita.* Halæ, 1817. - C. Cucumus, *De jure accrescendi cui competat post hereditatem venditam.* Wirceb. 1818. - Rossberger, *l. c.* p. 201. - Cpr. J. Gerlings, *Diss. de hereditate vendita* Traj. ad Rhen. 1827.

(2) Cost. un. §. 13, 14, C. VI, 51.

(3) Fr. 55, D. XXX.

(4) Fr. 31; fr. 35, pr.; fr. 53, §. 1; fr. 76, pr. D. XXIX, 2. - Per altro questa regola subisce eccezioni, fr. 55, 61, D. ivi.

(5) Fr. 61, §. 1, D. XXXI. - Cost. 4, C. VI, 49. - Cost. un. §. 4, 10, C. VI, 51. - Rosshirt, *Erbrecht*, p. 457, partecipa in parte di un' altra opinione a motivo del fr. 1, §. 9, D. XXXII, e fr. 19, D. XXIX, 7.

(6) Quanto ai casi ai quali si applica questo principio, vedi i §. 627, n. 2; §. 651, n. 2, 3, 5.

(7) Ma bisogna guardarsi dal confondere il diritto di accrescimento fra più eredi ab intestato nel tempo stesso, colla successione, per gradi e per ordini, che ha luogo quando il mancato non ha alcun coerede nello stesso tempo di lui alla successione, o quando tutti gli eredi chiamati nello stesso tempo vengono a mancare.

(8) Fr. 12, pr. D. XXXVII, 4.

2. Il diritto d'accrescimento non cambia in nulla l'ordine della successione stabilito alla morte del defunto (1).

§. 735. 3. *In materia di successione testamentaria.*

In materia di successione testamentaria, il diritto di accrescimento fra coeredi si basa sulla regola: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (2). Bisogna qui considerare :

1. Il modo con cui gli eredi sono istituiti:

a) Essi sono *re et verbis conjuncti* (che il diritto romano qualifica come *conjuncti* e che al presente diconsi ancora *mixtim conjuncti*), allorquando sono istituiti puramente e semplicemente, vale a dire senza determinazione di parte e coll' istessa frase; per esempio: *Titius et Sejus heres esto.*

b) Essi sono *disjuncti s. re tantum conjuncti*, allorchè ciascuno d'essi è, in vero istituito puramente e semplicemente in tutta la eredità, ma nominato con frase separata; per esempio: *Titius heres esto*, *Sejus heres esto.*

c) O sono *verbis tantum conjuncti*, allorchè son nominati invero colla frase medesima, ma ciascuno d' essi è istituito in una quota, parte determinata d'eredità; per esempio: *Titius et Sejus heredes sunto*, *æquis partibus* (3).

2. Bisogna in seguito esaminare chi viene a mancare. Quindi:

a) Allorchè tutti gli eredi sono istituiti nello stesso modo, la parte di colui che viene a mancare accresce a tutti gli altri per eguali porzioni; ma allorchè sono essi *verbis conjuncti*, l' accrescimento non ha luogo che in proporzione di ciascuna parte (4).

b) Se non sono istituiti nel modo stesso, la porzione del *mixtim conjunctus*, mancato non accresce, che a quelli *conjuncti* con lui; se, al contrario, un *disjunctus* o un *verbis conjunctus* viene a mancare, la sua parte vacante accresce a tutti gli altri, per conseguenza anche ai *mixtim conjunctis*; nullameno, questi che non possono considerarsi che come una sola persona, a causa della loro unione nella frase medesima, non ricevono anche insieme che una sola parte (5).

---

(1) Glück, *Opusc.* fasc. 4, pag. 151. - Rosshirt, p. 453.

(2) Cod. VI, 51. - Per questo motivo non ha luogo giammai di pieno diritto nel testamento di un soldato, ma solamente quando quest' ultimo l'ha ordinato espressamente, perchè altrimenti la porzione vacante torna agli eredi ab intestato, fr. 37, D. XXIX, 1. - Cost. 1, C. VI, 21.

(3) §. 8, J. II, 20. - fr. 89, D. XXXII. - fr. 142, D. L, 16.

(4) Ma non vi è accrescimento per quello che è instituito per una porzione determinata *(pars quanta)* o per una cosa determinata: egli non profitta del diritto di accrescimento se non quando vengono a mancare tutti gli altri. - Ch. U. L. Henneman, *Examen de la question de droit.* Se un erede instituito *in re certa* deve essere considerato come legatario a fronte di un altro erede instituito senza questa condizione, vedi Schwerin e Wismar, 1799. - J. Wolckmann, *De heredibus e re certa scriptis.* Lips., 1827.

(5) Cost. un. §. 10, C. VI, 51. - Cpr. §. 8, J. II, 20. - fr. 20, §. 2; fr. 59, §. 3; fr. 63; fr. 66, D. XXVIII, 5. - fr. 1, 11, D. VII, 2,

SEZIONE QUARTA

Dei legati e fidecommessi (1).

CAPITOLO PRIMO

Dei Codicilli.

§. 736. I. *Nozione e contenuto dei codicilli.*

Codicillo è un atto qualunque d'ultima volontà che non è un testamento (2).

1. Può solo fare un codicillo colui che ha la testamenti-fazione (3).

2. Non si può per codicillo nè dare nè togliere una eredità, nè escludere nè sostituire a un erede diretto (4). È permesso con tuttociò al testatore di nominare solo nel codicillo l'erede istituito nel testamento, e assegnargli in quest'atto la sua quota d'eredità (5). Tutte le altre disposizioni a causa di morte, in specie i legati e fidecommessi, possono farsi tanto in un codicillo che in un testamento.

3. Sono permessi più codicilli validi

(1) Fonti: Gajo, II, 101-289. - Ulpiano, XXIV, XXV. - Paul, III, 6; IV, 1. - Cod. VI, 37, 42, 54.

Bibliografia: Doneau, *Comm. jur. civ*, VIII. - Cujas, *Recit. ad Dig. lib. XXX.* e *XXXI*, nelle sue *Opere*, t. VII, p. 957, e seg. - Fr. Duarein, *Comm. in lib. XXX, Dig. nelle sue Opere*, p. 478, e seg. - C. Ch. Westphal, *Hermeneutisch-systematische Darstellung der Rechte von den Vermaechtnissen und Fideicommissen, ingleichen von codicillen*, ovvero *Esposizione ermeneutica e sistematica dei legati e fidecommissi, come pure dei codicilli, parte* 2. Leipzig. 1791. - Lo stesso *System der Lehre von den einzelnen Vermaechtniss-arten und der Erbtheilungsklage*, ovvero *Sistema delle diverse specie di legati e dell' azione in divisione.* Leipzig. 1793. - Geyert, *Grundzüge der Lehre von den Vermaechtnissen*, ovvero *Principj in materia di legati*, Franfort, 1829. - Rosshirt, *Die Lehre von den Vermaechtnissen*, ovvero *Dei legati*. Heidelb. 1825, vol. II. - W. van Swinderen, *Diss. de jure legatis.* Grœning. 1824. - E. Hultmann, *Diss. de jure legatorum.* Lugd.-Bat. 1826. - J. C. M. de Quertenmont, *Spec. hist. exhibens quædam de legatis.* Lugd.-Bat. 1827. - G. B. Smallenburg, *Quæstiones selectæ e capite de legatis.* Lugd.-Bat. 1828.

(2) Ist. II, 25. - Dig. XXIX, 7. - Cod. VI, 36. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 18, 19. - Em. Dunius, *De veteri et novo jure codicillorum.* Roma, 1752. - J. van Dam. *Diss. de codicillis.* Traj. ad Then. 1811. - *Sull' istoria dei codicilli*, Hugo, *Hist. du droit* p. 768. - Schweppe, *Hist. du droit*, §. 894. - Gans. *Scolies sur Gajus*, p. 330.

(3) Fr. 6, §. 3, D. XXIX, 7. - fr. 8, §. 2, D. ivi. - fr. 2, D. XXX. - Cost. 5, C. VI, 36.

(4) §. 2, J. II, 25. - fr. 2, §. 4; fr. 10, D. XXIX, 7. - Cost. 2, 7, C. VI, 36. - Il soldato qui fa eccezione, fr. 36, pr. D. XXIX, 1.

(5) Così il testatore può dire « instituisco per mio erede *quello* che nominerò nel codicillo » e « un tale sarà mio erede per la parte che determinerò nel codicillo; fr. 36, 77, D. XXVIII, 5.

l'uno separato dall'altro (1). Nullameno la disposizione inserta in un primo codicillo, opposta ad un' altra di un codicillo posteriore, si ha per non fatta (2).

§. 737. II. *Specie dei codicilli.*

Per diritto nuovo, qualunque codicillo vien riguardato come un comando che il defunto dirige al suo erede. Vi ha una differenza fra i codicilli, secondochè l'erede succede ab intestato o per testamento; nel primo caso, cioè a dire quando non esiste testamento, i codicilli sono *codicilli ab intestato facti;* si debbono considerare come diretti all'erede intestato, e sussistono e cadono di per se stessi (3). Nel secondo caso, si dicono *codicilli ad testamentum facti*, ove esistano a lato d'un testamento. Se da questo sono espressamente confermati, lochè il testatore può fare tanto *in præteritum* quanto *in futurum*, diconsi *codicilli testamento confirmati*. Tutti i codicilli che accompagnano un testamento sono diretti all'erede testamentario, e debbono considerarsi come facienti parte del testamento istesso; essi sussistono, cadono, e tornano a vivere con lui (4).

§. 738. III. *Della forma dei codicilli.*

Il codicillo può farsi in scritto e a voce (5); l'antico diritto non esigeva a tale effetto alcuna solennità nelle forme (6). Ma il diritto nuovo esige per i codicilli una forma esterna e dà luogo alle seguenti distinzioni:

1. Il codicillo posto in essere davanti una pubblica autorità, non abbisogna d'altre formalità.

2. Chi può fare un testamento privilegiato, può fare del pari un codicillo e gode dei privilegj stessi del testamento (7).

3. Bisogna inoltre, che in generale cinque testimonj assistano alla confezione del codicillo privato (8). Debbono essi avere la capacità richiesta ai testimonj testamentarj (9), debbono esser convocati, e se il codicillo è in scritto, debbono apporvi la loro firma; non è però necessario il loro sigillo (10). Quanto alla firma di chi fa il codicillo, hanno luogo le medesime regole dei testamenti scritti (11).

4. Giusta l' ultima disposizione di Giustiniano, un legato e un fidecommesso possono perfezionarsi senza altra formalità che una domanda fatta all' erede di restituirli; il fidecommissario può deferire il giuramento

(1) §. 3, J. II, 25; fr. 6, §. 1, D. XXIX, 7.

(2) Cost. 3, C. VI, 36.

(3) Fr. 3, pr.; fr. 8, §. 1; fr. 16, D. XXIX, 7.

(4) Fr. 2, §. 2; fr. 3, §. 2; fr. 8, pr.; fr. 14, pr.; fr. 16, in fine, D. ivi. Nell'antico diritto i codicilli fatti *prima* del testamento *dovevano* esser confermati da lui se erano destinati a ottenere i loro effetti; fr. 5, D. ivi. In seguito del §. 1, J. II, 25. Quest' obbligo non è più richiesto: i codicilli fatti antecedentemente restano validi quand' anche non siano confermati, dall' epoca in cui è certo che il testatore non ha variata volontà.

(5) Fr. 5, §. 1, D. XLII, 1. - Cost. 13, C. I, 2.

(6) §. 3, J. II, 25.

(7) Fr. 8, §. 4, D. XXIX, 7.

(8) Quando il §. 3, J. II, 25, dice « *Codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant* » non si tratta che del diritto antico. Secondo la disposizione generale della Cost. 8, §. 3, C. VI, 36, l'assistenza di cinque testimonj è sempre richiesta, in conseguenza anche nei codicilli confermati con testamento. Pure quanto a quest' ultimi molti autori pensano che non è richiesta veruna solennità.

(9) Non vi è dubbio, che secondo il §. 11, J. II, 10, i legatarj e i fidecommissarj possano essere testimonj in un codicillo.

(10) Cost. 8, §. 3, C. VI, 36. - Bisogna osservare, per il codicillo di un cieco, le stesse formalità che pel suo testamento; Cost. 8, C. VI, 22.

(11) Cost. 28. §. 1, C. VI, 23. - Ordinariamente si dice che la firma di quello che fa il codicillo non è richiesta a motivo del fr. 6, §. 1, 2, D. XXIX, 8; ma questo passo parla del diritto antico.

all' erede che nega il fatto allegato, per provare l'esistenza del fidecommesso (1).

§. 739. IV. *Della clausula codicillare.* 1. *Nozione* (2).

Quindi, la confezione d'un codicillo non richiede le tante formalità d'un testamento, e quanto al contenuto, non vi è cosa che importi quanto la nomina di un erede diretto e la riserva dovuta ai legittimarj in un testamento; egli è dunque possibile che una disposizione d'ultima volontà la quale, secondo la intenzione del defunto era destinata a valere come testamento, conservi nullameno le condizioni necessarie a un codicillo, mancandole quelle del testamento. In tali casi, la disposizione d'ultima volontà continua a sussistere, allorchè il testatore ha espressamente dichiarato, che se il suo testamento non varrà *come testamento*, valga nullameno *come codicillo.* Questa dichiarazione del testatore, dicesi al presente *clausula codicillare* (*clausula codicillaris*) (3).

§. 740. B. *Suo effetto.*

Riesce superfluo l'aggiungere questa clausula, ove tutte le condizioni e formalità dei testamenti siano state osservate. Ma, in caso contrario, sono state o no osservate le formalità necessarie a un codicillo. In tal caso la clausula non sorte alcun effetto (4); nel primo caso, al contrario, essa fa riguardare il testamento come un codicillo, e lascia sussistere, come fidecommesso, le disposizioni che vi si contengono (5).

1. Allorchè, in queste circostanze, esiste un testamento anteriore valido, l'eredità vien deferita all'erede istituito in questo testamento come erede diretto (6); ma questi deve restituirla come eredità fidecommissaria, all'istituito nel secondo testamento accompagnato da clausula codicillare.

2. Ma allorquando non esiste testamento anteriore valido, l'eredità ritorna direttamente agli eredi intestati, i quali sono in obbligo di restituirla come fidecommesso (7). Nell'un caso e nell'altro, l'erede diretto ha diritto alla *quarta Falcidia* e *Trebellianica* (8).

3. Del rimanente, allorchè un testamento è provvisto della clausula codicillare, l'erede istituito ha la scelta di riconoscerlo come testamento o come codicillo: dacchè egli ha scelto, non può tornare a scegliere: è non ostante permesso ai genitori istituiti nel testamento, non menochè ai discendenti agnati del defunto fino al quarto grado, e ai discendenti cognati fino al terzo grado, che hanno dapprima sostenuto la validità dell'ultima volontà come testamento, ma che sono stati respinti dalla loro azione e l'hanno ritirata, di conservare a questa disposizione i suoi effetti, come codicillo. Ma, se in prin-

(1) Cost. 32, C. VI, 42. - §. 12, J. II, 23. - Vedi più abbasso il §. 706.

(2) Sam. Stryck, *De clausula codicillari*, nelle sue *Dissert. jurid.* Francof. vol. I, n. 18. - C. F. Tauchert, *Diss. de clausula codicillari.* Halæ 1828. - R. Sickel, *Diss. de vi clausulæ codicillaris in test. nullo.* Lips. 1829.

(3) Fr. 29, §. 1, D. XXVIII, 1. - Cpr. fr. 88, §. 1, D. XXXI. - Cost. 8, §. 1, C. VI, 36. - Questa clausula non si sottintende; ciò resulta dal fr. 1, D. XXIX, 7; e fr. 41, §. 3, D. XXVIII, 6, combinati col fr. 29, pr. D. XXVIII, 1, fuori che nel testamento di un soldato; fr. 3, D. XXIX, 1.

(4) Se il testatore non ha la capacità per fare una disposizione di ultima volontà, la clausula è parimente senza effetto. Per la stessa ragione il testamento inofficioso per lo stato di demenza del testatore non può sussistere in forza della clausula codicillare; fr. 13, D. V, 2.

(5) Fr. 2, §. 4, D. XXIX, 7. - fr. 88, §. 17, D. XXXI.

(6) Per il §. 7, J. II, 17. - fr. 2, D. XXVIII, 3. - Cost. 27, C. VI, 23.

(7) Cost. 29, C. VI, 42. - Cpr. Cost. 9, 10, C. VI, 24. - Cost. 1, C. VI, 36.

(8) Fr. 2, §. 4, D. XXIX, 7.

cipio l'hanno accettata come codicillo, non ponno più pretendere in appresso di farla valere come testamento (1).

CAPITOLO SECONDO

Dei legati e fidecommissi singolari (2).

§. 741. I. *Nozione del legato e fidecommesso singolare.*

Il testatore che, per diritto romano, voleva lasciare una cosa a qualcuno, poteva farlo in due diversi modi: per *legato* e *fidecommesso singolare* (*legatum*, *fideicommissum singulæ rei*) (3). Il legato era, nell'antico diritto romano, una disposizione fatta dal defunto, con parole *imperative*, che dovevano dall'erede soddisfarsi (*verbis directis et imperativis*) (4). È per questa ed altra specifica che il legato distinguevasi dal fidecommesso singolare, che il defunto lasciava, *pregando* l'erede o un legatario di accettarlo (*verbis precativis*) (5); ma Giustiniano tolse questa differenza, equiparando i legati ai fidecommessi (6). Tuttociò dunque che noi saremo a dire dei primi è applicabile anco ai secondi.

§. 742. II. *Istituzione del legato.*

Un legato o un fidecommesso può lasciarsi in qualunque atto d'ultima volontà, sia per testamento, sia per codicillo. Vi ha di più una disposizione rimarchevolissima di Giustiniano (7), a norma della quale, qualunque legato o fidecommesso, comunque posto in essere senza alcuna formalità, a voce o in scritto, deve sortire i suoi effetti, se colui che ne è onorato può fornirne la prova, deferendo il giuramento a quegli, il quale è incaricato d'accettarlo. Lochè i moderni dicono *legatum s. fideicommissum heredi præsenti injunctum*. Se colui che è onorato del legato vuol fornirne la prova in altra guisa, egli non può pretendere il legato se non quando è stato fatto in un testamento o in un codicillo in regola; ma è certo che anche in questo caso, la prova può fornirsi per la delazione del giuramento.

---

(1) Cost. 8, pr. §. 1, 2. C. VI, 36.

(2) Vedi i fonti e gli scritti indicati, p. 350, nota 2, e in specie Ist. II. 20. - Dig. XXX, XXXI, XXXII. - Cod. VI, 37.

(3) In alemanno vi è una sola parola per indicare i legati è i fidecommissi « *Vermaechtniss* » nè il latino nè il francese hanno espressione equivalente: i giureconsulti romani si servono della parola *relinquere*; fr. 5, pr. D. XXXI. - fr. 14. §. 3, D. XXXIV, 1.

(4) §. 1, J. II, 20. « Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda » fr. 116, pr. D. XXX. « Legatum est delibatio hereditatis, qua testatores ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit » fr. 36, D. XXXI.

(5) L'istoria di questa materia sole spiega la distinzione sì importante nell'antico diritto fra il legato e il fidecommisso particolare. - Cpr. Gajo, II, 191-289. - Ulpiano, XXIV, XXV. -- Paul, III, 6. -- Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII, 2. - Gans, *Scolies sur Gajus*, p. 330, e seg. - Schweppe, *Hist. du droit*, §. 490. - G. Martin, *Lanx satura discriminum inter legatorum fideicommissorumque species quaedam obtinentium*. Gœtt. 1787.

(6) Cost. 2, C. VI, 43, - §. 3, J. II, 20. - fr. 1, D. XXX. Thibaut, *Systèm.* §. 745.

(7) Cost. 32, C. VI, 42. -- §. 12, J. II. 23. - Cost. 13, C. IV, 1.

§. 743. III. *Delle persone che possono intervenire in un legato.*

Relativamente alle persone che intervengono in un legato, bisogna osservare:

1. Può far legati solo colui che ha la testamenti-fazione attiva (1).

2. Non può lasciarsi un legato che a colui che ha la testamenti-fazione passiva (2).

3. Chiunque riceve qualche cosa dalla eredità d'un defunto può esser gravato dalla soddisfazione d'un legato (3). Contuttociò, un legatario non può essere obbligato a restituire più di quanto ha ricevuto in forza d'un testamento (4). Se il testatore non designa la persona incaricata della soddisfazione d'un legato, l'erede è in obbligo d'accettarlo, e più essendo gli eredi, debbono, ciascuno in proporzione della sua quota ereditaria, soddisfare i legati che sono in obbligo d'accettare, se il testatore non ha specialmente indicato un tale erede per soddisfare un tal legato (5).

4. Il testatore non può incaricare l'erede di pagare un legato *a se stesso* (6). Quindi, esistendo più eredi e legando il testatore a uno di essi qualche cosa di tutta la sua eredità, per prelegato (*prælegatum*) (7), il legato consiste realmente solo nella porzione, che i coeredi sono obbligati a dare in proporzione della parte ch'essi ricevono dalla eredità; l'altra porzione, che l'erede dovrebbe pagare a se stesso, in proporzione della sua quota ereditaria, la riceve come erede (8).

§. 744. IV. *Obietto dei legati.*
A. *Generalità.*

Tuttociò che il legatario può acquistare può del pari divenire obietto d'un legato (9), ove non gli appartenga per anco all'epoca in cui il legato ha vita (10), e ove gli procuri utilità (11). Esistendo queste condizioni, si può legare:

1. Tanto cose che atti da prestarsi a favore del legatario, essendo leciti (12).

2. Cose esistenti in futuro, ove sia

---

(1) Fr. 2, D. XXX. — fr. 114, pr. §. 1, D. ivi.

(2) §. 24, J. II, 20. - Nonostante si può lasciare gli alimenti ad un incapace, fr. 11, D. XXXIV, 1. - A qual'epoca il legatario deve egli esser capace?

(3) Altre volte non si poteva aggravare di legati un erede, Ulpiano, XXIV, 20.

(4) §. 1, J. II, 24. - fr. 5, D. XXIX, 7. - fr. 114, §. 3, D. XXX. - fr. 1. §. 6, D. XXXII. - fr. 1, §. 17; fr. 17, §. 2, D. XXXVI, 1.

(5) Fr. 33, pr. D. XXXI. - Cost. 2, C. IV, 16. - I fr. 54, §. 3; fr. 124, D. XXX; fr. 17, D. XLV, 2, appartengono qui specialmente.

(6) Fr. 116, §. 1, D. XXX. « Heredi a semetipso legatum dari non potest, a te coherede potest ».

(7) Preso nel più esteso significato un legato in antiparte è un legato che uno dei coeredi riceve da un altro determinato coerede e non differisce punto da un legato ordinario, fr. 34, §. 3. D. XXXII.

(8) Gajo, II, 147. Sopra le conseguenze di questo principio, fr. 76, §. 1; fr. 86; fr. 91, D. XXXV, 2. - fr. 18, §. 3, D. XXXVI, 1. - fr. 34, §. 12, D. XXX. - fr. 75, §. 1, D. XXXI. - fr. 18, §. 2, D. XXXIV. 9. - Sopra questa materia vedi J. Voorda, *Interpret. et emend. jur. rom.* II, 2-5. - B. G. Pfeiffer, *De praelegatis*, Marb. 1798. - Nettelbladt, *System. Entwickelung der Lehre von den Praelegaten*, ovvero *Esposizione sistematica dei legati per antiparte*. - L. v. d. Pfordten, *Diss. de praelegatis*. Erlang. 1832.

(9) §. 4, J. II, 20, comb. col. fr. 49, §. 2. D. XXXI, ed il fr. 41, §. 1, D. XXX. - C. E. Francke, *De legato rei commercio exemptae*. Viteberg. 1788. - J. C. C. Glück, *Comm.* ad fr. 49, §. 2, leg. II, Erlang. 1817.

(10) §. 10, J. II, 20. - Meno che il testatore non gli abbia legata la cosa pel caso che l'avrebbe alienata, fr. 41, §. 2. D. XXX. - fr. 1, §. 2, D. XXXIV, 7.

(11) Arg. §. 14, J. II, 20. - fr. 114, §. 14. D. XXX.

(12) Fr. 12. D. XXXII. - fr. 112, §. 3. D. XXX.

la speranza che un giorno esisteranno (1).

3. Tanto cose individue e di somma determinata (*pars quanta*), quanto una universalità di cose e una quota parte di tutta la eredità. Il legato d'una somma determinata o di una quantità di cose fungibili dicesi *legatum quantitatis* (2); ma la quota parte d'una intera eredità dicesi *legatum partitionis* e il legatario, *partiarius*, *parziario* (3), il quale, senza che per ciò divenga erede, ha nullameno con lui molta analogia. È per questa ragione che non gli si trasmettono nè i debiti nè i crediti del defunto; egli non gode del diritto di accrescimento, e quando il testamento diventa *destitutum*, perchè viene a mancare l'erede istituito, il legato parziario viene del pari a informarsi. Dal canto suo, l'erede ha il diritto di soddisfare il legatario parziario colla parte della successione che gli ritorna (4); ma non facendolo, l'erede e il legatario sono tenuti a darsi scambievole cauzione, per la stipulazione *partis et pro parte*, obbligandosi a dividere i lucri (*lucra hereditaria*) e gli oneri della eredità (*damna hereditaria*), il tutto in proporzione della parte loro (5).

4. Si possono legare non solo le cose proprie ma anche quelle attenenti all'erede (6), o a un terzo; queste debbono in tal caso esser comprate da colui che è incaricato della soddisfazione del legato ed esser consegnate al legatario; ove ciò non sia possibile, si deve corrisponderne il valore; ma è necessario che il testatore sapesse che la cosa da lui legata apparteneva ad altri; perchè se l'ignorava il legato per regola è nullo (7).

5. Infine, tanto le cose corporali che incorporali possono formare obietto di un legato.

§. 745. B. *Legato di cose incorporali.*

Fra i legati di cose incorporali, è da collocare particolarmente:

1. Il legato d'un credito (*legatum nominis*), quando il testatore lega un credito che egli o il suo erede ha sopra un terzo (8).

2. Il legato di liberazione (*legatum liberationis*), quando il testatore lega ad alcuno ciò che questi deve a lui o a un terzo (9).

3. Il legato d'un debito (*legatum debiti*), quando si lega al nostro creditore ciò che gli dobbiamo; questo

---

(1) §. 7. J. II, 20. - fr. 24, pr. D. XXX. - fr. 17, D. XXXII.

(2) Fr. 34, §. 3, 4, D. XXX. - Dig. XXXIII, 6.

(3) Ulpiano, XXIV, 25. - J. Voorda, *Diss. de legato partitionis*; adj. ejusdem, *Comm. ad leg. Falc.* p. 430. - J. L. Conrado, *Diss. de legato partitionis.* Lips. 1756. - Hugo, *Hist. du droit*, p. 522.

(4) Fr. 26, §. 2; fr. 27, D. XXX. - fr. 32, §. 8. D. XXXIII, 2.

(5) Ulpiano, XXV, 14, 15. - §. 5, J. II, 23. - Egli non è altrimenti in diritto nuovo, secondo la disposizione di Giustiniano il quale ha assomigliati i legati ai fidecommessi; perchè il legatario parziale deve considerarsi come successore universale, e le stipulazioni *partis et pro parte* non sono più necessarie. Vedi i §§. 730-732.

(6) L'erede deve prestarli, e non può liberarsi offrendo il loro prezzo, fr. 71, §. 4, D. XXX. - Cost. 25, C. VI, 42.

(7) §. 4. J. II, 20. - §. 1, J. II, 24. - Cost. 10, C. VI, 37. - fr. 57. D. XXX. - Circa il caso che il legatario acquista dal testatore in vita una cosa che questo gli ha legata, vedi il §. 6, J. II, 20; circa i legati della cosa altrui in generale, vedi G. Majans., *Diss. de legato rei alienæ*, *Disput. juris* t. I, n. 20. - J. A. C. Warneyer, *Diss. de legato rei alienæ quæ est res tertii.* Halae, 1788. - C. A. Gottschalk, *Diss. de legato rei alienae*, Dresd. 1800.

(8) §. 21, J. II, 20. - fr. 44. §. 6, D. XXX. Quando il credito non esiste o quando ha cessato di esistere vivente il testatore il legato è nullo meno che il credito non sia designato *demostrationis causa.* §. 21, J. II, 20. - fr. 75, §. 1, 2, D. XXX. - Cpr. fr. 96, pr. D. ivi. - fr. 27, §. 2. D. XXXII. - Haubold, *De legato nominis.* Lips. 1793, nei suoi *Opusc. Acad.*, ediz. Wenck, vol. I, p. 497.

(9) §. 13. J. ivi. - Cpr. fr. 3. §. 3; fr.

legato non è valido se non è utile al legatario (1).

4. Il legato d'una servitù personale o reale (2).

5. Il legato d'un diritto di pegno o d'ipoteca (3).

6. Il legato d'una rendita annua o a scadenze fisse (*legatum annuum*) (4), il quale ha di particolare, che ogni scadenza deve considerarsi come un legato a parte (5).

§. 746. C. Legatum speciei et generis.

Quando la cosa che forma obietto di un legato è determinata quanto al suo individuo, il legato s'appella *legatum speciei*; quando, al contrario, non è determinata che quanto al suo genere, il legato prende il nome di *legatum generis*. Il legato di una cosa precisata secondo il suo genere, è nullo, se il genere è talmente generale, da comprendere tanto cose senza utilità, quanto se il testatore non lasci cosa del genere legato (6). Ma quando la eredità contiene oggetti del genere legato, il diritto della scelta appartiene a quegli cui l'ha il testatore conferito. Se il legatario gode di questo diritto, il legato dicesi *legatum optionis s. electionis*, e il legatario può scegliere la cosa migliore; quando al contrario la scelta è dell'erede, egli può dare la cosa peggiore (7). Se il testatore non ha conferito il diritto di scegliere nè all'uno nè all'altro, il legatario ha il vantaggio della scelta, se il legato è di natura da produrre un'azione reale, ed appartiene all'erede, se il legato non produce che un'azione contro di lui, come in generale il debitore ha la scelta in materia d'obbligazioni. Ma nel primo di questi due casi, il legatario non può scegliere la cosa migliore, e nel secondo, l'erede non può forzarlo ad accettar la peggiore (8).

§. 747. D. *Della modalità dei legati.*

Un legato può esser lasciato in differenti modi: puramente e semplicemente, e sotto condizione; possono imporsi tutte le condizioni anche le resolutive, tranne le fraudolenti, proibite tanto nei legati che nelle istituzioni dell'erede (9). È però permesso di gravare l'erede od altra per-

25, D. XXXIV, 3. - Ev. Otto, *Diss. de liberatione ab indebito legato*; in OElrichs, *Thes* vol. III, t. II, p. 331. - Sul fr. 25, D. XXXIV, 3 particolarmente: Averan. *Interpret.* V. 22. - Cujas, ad leg. 25, D. *de liberat. leg.* nel lib. X. *Quaest. Paul.* in ejusdem *Oper. post.* t. II, p. 1141. - L Arndts, *Diss. ad L.* 25, *D. de liberatione legata.* Berol. 1825.

(1) §. 14, 15, J. ivi - fr. 4, D. XXXVII, 7. - fr. 84. §. 6, D. XXX. - fr. 82, pr.; fr. 85, D. XXXI. - Cost. un. §. 3. C. V, 13. - J. G. Müller, *De legato debiti.* Lips. 1788.

(2) §. 1, J. II, 4. - §. 4, J. II, 3. - Dig. XXXIII, 2, 3. - M. G. Bauer, *Diss. de legato usufructus.* Lips. 1795. - Quando la proprietà di una cosa è stata legata ad uno, e l'usufrutto ad un altro il fr. 19, D. XXXIII, 2, prescrive che il diritto di usufrutto sarà diviso fra tutti e due, ma questo punto è stato variato dalla Cost. 23, C. VI, 37. - G. Francke, *Observat. de jure legator. et fideicom.* Jenae, 1832, Obs. 2.

(3) Fr. 26. pr. D. XIII, 7.

(4) Dig. XXXIII, 1. - Sopra il legato di alimenti Dig. XXXIV, - 1. Sopra il legato annuo, C. G. Koester, *Diss. sistens quædam e materia de annuis legatis.* Kil. 1819.

(5) Fr. 10, D. XXXVI, 2. - fr. 4, D. XXXIII, 1. - Vedi più abbasso il §. 712.

(6) Fr. 71, pr. D. XXX. - fr. 69. §. 4. D. XXIII, 3.

(7) §. 23, J. II, 20. - fr. 2, D. XXXIII, 5. - fr. 110. D. XXX. - J. Voorda, *Interpret. et emend. jur. rom* 1, 9. - G. C. Gebauer, *Tit. Dig. de optione legata illustratus*, Gœtt. 1747, e nei suoi *Exercit. acad.* t. I, p. 403. - P. C. G. Andreæ, *Diss. de legato optionis.* Lips. 1798.

(8) §. 22, J. II, 20. - Cpr. fr. 20; fr. 37, pr.; fr. 108, §. 2, D. XXX. - fr. 2, §. 1, D. XXXIII, 5. - G. Francke, *Observ. de jure legatorum et fideicommissorum*, Jenae 1832. Obs. 1.

(9) Fr. 64, D. XXX.

sona onorata nel testamento, della soddisfazione d'un legato a titolo di pena, in caso in cui non faccia una tal buona azione, o non tralasci di fare una tale altra cattiva (*legatum poenae nomine ad coercendum heredem relictum*) (1). Si può del pari legare ad un términe (*sub die*), senza distinzione se il termine è incerto e se aggiunto affinchè serva di principio o di fine al diritto del legatario (2); si può, infine, legare indicando una causa, un modo, una designazione (*sub causa, sub modo, sub demonstratione*) (3). La questione, se possa dipendere un legato dalla volontà d'un terzo, è assai controversa nel diritto romano (4); ciò che è certo, si è che non può farsi dipendere un legato dalla volontà dell'*erede*, di sortechè non dipenda che da lui di soddisfarlo (5).

§. 748. VI. *Dell'acquisto dei legati.* A. Quando dies legati cedit et venit?

Le due espressioni: *dies legati cedit* e *dies legati venit*, debbono osservarsi esaminando l'acquisto e la domanda in soddisfazione del legato. *Dies legati cedit*, vuol dire: il legatario ha acquistato il diritto sul legato in guisa che da quel momento lo trasmette ai suoi eredi. *Dies legati venit*, significa: il legatario ha il diritto di esigere la soddisfazione del legato (6).

Per risolvere la questione: *Quando dies legati cedit aut venit*, bisogna distinguere:

1. Il diritto al legato lasciato puramente e semplicemente, cui si equipara, sotto questo rapporto, il legato *sub modo, sub conditione resolutiva, in diem, ex die certo*, si acquista dal legatario al momento della morte del testatore (7), a menochè non sia di natura tale da non potersi trasmettere agli eredi del legatario; per esempio il legato d'usufrutto; il diritto a un legato di tal fatta non si acquista che dal momento in cui l'erede adisce l'*eredità* (8). Ma non può intentarsi azione per soddisfazione d'un legato prima che l'erede abbia adita l'eredità, e in caso in cui il legato sia relitto *ex*

---

(1) §. 36, J. II. 20. - Dig. XXXIV, 6, - Cost. un. C. VI, 41. - Ulpiano, XXIV, 17. - Gajo, II, 235. - J. G. Sammet, *Diss. de legatis poenae nomine.* Lips. 1748. - G. Majan. *Disp. jur. civ.* II, Disput. 42. - G. B. Becmann, *Diss. de legatis poenae nomine relictis.* Halae, 1748. - P. Mercus, *Diss. de legatis pœnae nomine relictis.* Lugd. - Bat. 1807. - Gœschen, *Observ. jur. rom.* Obs. 3.

(2) Si può dunque legare *ex die certo* e *ad diem*, ciò che non è ammissibile nell'Istituzione (§. 653). Il *dies incertus a quo* è riguardato generalmente come condizione, fr. 75, D. XXXV, 1. - fr. 4, pr.; fr. 21, pr.; fr. 22, pr. D. XXXVI, 2. - fr. 49, §. 1-3, D. XXX, eccetto se non se ne fa dipendere il diritto sopra il legato medesimo, ma che la liberazione non ne debba essere che *die existente*. Cost. 3, 5, C. VI, 53.

(3) Dig. XXXV, 1. - Sopra la cagione, fr. 31, J. II, 20. - fr. 17, §. 2-3; fr. 72, §. 6, D. XXXV, 1. - Sopra il modo fr. 17, §. 4, ivi.

(4) Cpr. fr. 43. §. 2; fr. 75, pr. D. XXX. - fr. 1, D. XXXI. - fr. 11, §. 7, D. XXXII. - fr. 52, D. XXXV, 1. - fr. 46, pr. §. 1-5, D. XL, 5. - Glüch, *Comm.* parte 33. §. 1406.

(5) Fr. 43, §. 2, D. XXX. - fr. 46, §. 4, D. XL, 5. Il motivo n'è, che non se ne può far dipendere dalla volontà d'un debitore di pagare il suo debito; fr. 8, D. XLIV, 7. - fr. 17; fr. 46, §. 3; fr. 105, §. 1. D. XLV, 1.

(6) D. XXXVI, 2. - Cod. VI, 53. - fr. 213, pr. D. L, 16. « *Cedere* diem significat incipere debere pecuniam; *venire* diem significat cum diem venisse quo pecunia peti possit »; - fr. 5, pr. D. XXXVI, 2. « Si post diem legati cedentem legatarius decesserit ad heredem suum transfert legatum ».

(7) Fr. 5, §. 1; fr. 21, pr. D. ivi. - Cost. un. §. 1, 5, C. VI, 51.

(8) Fr. 2, 3, 8, D. XXXVI, 2. - fr. un. §. 2. D. VII, 3. - Il legato del lavoro di uno schiavo o di un animale (*legatum operarum servi et animalis*) fa eccezione, fr. 2, D. XXXIII, 2. - Vedi sopra il §. 285.

die certo, non prima che il giorno sia giunto (1).

2. L'acquisto del diritto del legatario, quando il legato è stato lasciato sotto condizione sospensiva, o a termine per anco incerto, dipende dal verificarsi della condizione o del termine (2), tranne quando dal termine si è fatto assai meno dipendere il diritto sul legato, che la soddisfazione di lui (3); ma in ogni caso, il legatario non può esigere il legato se non quando l'erede ha adita l'eredità (4).

3. Nel legato annuo (*legatum annuum*), lasciato puramente e semplicemente, il primo termine si computa dalla morte del testatore e ciascuno dei termini seguenti, allorchè il legatario sopravvive al momento in cui giunge il termine; esso è in tal caso computato per intero e si trasmette agli eredi del legatario (5).

§. 749. B. *Dell'acquisto dei diritti facienti obietto del legato.*

Bisogna guardarsi dal confondere l'acquisto dei diritti facienti obietto del legato, coll'acquisto del diritto sul legato, da cui dipende la sua trasmissione. Il legatario acquista il diritto sul legato, dal momento in cui il *dies legati cedit*; egli l'acquista di pieno diritto anche a sua insaputa e senza ch'abbia bisogno d'accettarlo (6); è del pari in facoltà di rinunziare al legato, egli è allora riguardato come se non vi avesse mai avuto diritto (7). Quanto all'acquisto dei diritti che il legato deve procurare al legatario, bisogna distinguere i seguenti casi:

1. Il legatario non acquista in generale la proprietà della cosa legata che per la tradizione fatta dall'erede, e non divien proprietario di pieno diritto, dal momento dell'adizione dell'eredità, che nel legato di *species* di proprietà del defunto (8).

2. Egli acquista egualmente di pieno diritto, dacchè la eredità è accettata, l'*jus in re* che gli è stato legato sopra una cosa appartenente al testatore.

3. Ma non acquista il credito legato che per una cessione fatta dall'erede; nullameno egli ha un'azione utile anche senza questa cessione (9).

4. Infine, se il legato comprende una quota parte della successione, egli ha del pari un'azione soltanto contro l'erede per la soddisfazione della quota legata (10).

§. 750. C. *Delle azioni competenti al legatario.*

Quando il legatario ha acquistato il diritto al legato, ed è giunto il giorno in cui può chiederlo, la legge gli accorda l'azioni seguenti per ottenerlo.

1. L'azione personale contro l'erede, nascente da quasi contratto per l'accettazione dell'eredità, sulla parte dell'erede medesimo; essa mira alla prestazione del legato, e dicesi

(1) Fr. 32, pr. D. XXXI. - fr. 21, pr. D. XXXVI, 2.

(2) Fr. 5, §. 2, D. ivi. - Cost. un. §. 7, C. VI, 51. - fr. 1, §. 14, D. XXXVI, 3. - fr. 4, pr.; fr. 21, pr.; fr. 22, pr. D. XXXVI, 2. - fr. 49, §. 1-3, D. XXX.

(3) Cost. 3, 5, C. VI. 53.

(4) Fr. 32, pr. D. XXXI.

(5) Fr. 4; fr. 8, D. XXXIII, 1. - fr. 12, pr. §. 1; fr. 23, D. XXXVI, 2.

(6) Fr. 81, §. 6, D. XXX. - fr. 75, §. 1; fr. 80, D. XXXI. - Cost. 6, C. VI, 53. - A meno che non gli sia stato lasciato sotto l'espressa condizione *si volet*; egli non l'acquista che quando si è dichiarato; fr. 65, §. 1, D. XXX. - fr. 69, D. XXXV, 1.

(7) Fr. 44, §. 1; fr. 38, §. 1; fr. 86, §. 2, D. XXX. - Non può accettare o ricusare in parte, fr. 38, pr. D. ivi - fr. 4, 58, D. XXXI.

(8) Fr. 80, D. XXXI. - fr. 64, D. XLVII, 2. - fr. 69, pr.; fr. 68, §. 2, D. XXX. - fr. 26, pr. D. XXXIII, 2.

(9) §. 21, J. II, 20. - fr. 44. §. 6; fr. 75. §. 2, D. XXX.

(10) Fr. 26, §. 2; fr. 27, D. XXX. - fr. 32, §. 2. D. XXXIII, 2.

actio legati, o, essendo l'erede testamentario, *actio personalis ex testamento* (1).

2. L'azione ipotecaria, a causa dell'ipoteca legale ch'egli ha sulla parte ereditaria di colui che è incaricato a soddisfare il legato; quest'azione destinata a garantire il suo diritto, gli compete contro qualunque possessore della porzione ereditaria (2).

3. L'azione reivindicatoria e la confessoria (*rei vindicatio et actio confessoria)*, quando il legato ha per obietto una cosa di proprietà del testatore, o una servitù su questa cosa; quest'azione si accorda contro qualunque possessore (3).

4. Quando vi è legato *sub conditione* o *sub die*, o quando il legatario non può chiedere il legato per un motivo qualunque, per esempio, essendovi controversia, può esigere che quegli il quale deve soddisfarlo dia per fidejussione la *cautio legatorum servandorum*, diversamente ha luogo l'immissione in possesso (4).

L'erede ha, però, contro il legatario immesso in possesso del legato prima che ne abbia preso possesso egli medesimo, l'interdetto *quod legatorum* tendente a far restituire il legato (5).

§. 751. B. *Del diritto d'accrescimento fra'collegatari* (6).

Quando la cosa medesima deve prestarsi dal medesimo erede a più persone (7), queste diconsi, relativamente a questa cosa, *collegatarj*, *collegatarii*, ed ha luogo fra loro il diritto d'accrescimento, nullameno, esso non ha più luogo allorquando il testatore ha usato della facoltà di proibirlo espressamente (8), e quando uno dei collegatarj viene a mancare, prima d'avere acquistato il diritto a un legato, perchè diversamente trasmetterebbe la sua parte agli eredi (9). Bisogna in oltre esaminare il modo con cui i collegatarj sono istituiti. Allorchè manca uno *mixtim conjunctus*, la sua parte non si accresce che ai *conjuncti* con lui; quando per lo contrario manca un *disjunctus* si accresce a tutti gli altri *disjunctis e mixtim conjunctis* in proporzione della lor prima parte (10).

---

(1) §. 5, J. III, 27 (28). - §. 2, J. II, 20. - fr. 69, §. 5; fr. 82, pr. D. XXX. - fr. 29, §. 3, D. XXXII. - fr. 75, D. XXX, 2.

(2) Cost. 1, C. VI, 43.

(3) Cost. 3, §. 2. C. ivi.

(4) Dig. XXXVI, 3, 4. - Cod. VI, 54.

(5) Dig. XLIII, 3. - Cod. VIII, 3.

(6) Sopra l'antico diritto, Gajo, II, 199, 205-208, 215, 223, 286. - Ulpiano, XXIV, 12, 13. Gœschen, *Obs. jur. rom.* pag. 1. - Sopra il nuovo diritto, §. 8, J. II, 20. - Cod. VI, 51. - Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII, 21. - P. J. Heisler, *De jure accrescendi in legatis*; negli *Exerc. accad.* Halae, 1776, n. 7. - A. C. Holtius, *Analyse historique du droit d'accroissement entre légataires d'après le droit romain, les lois de Justinien, et les principales législations modernes de l'Europe.* Liége, 1830.

(7) Perchè se la medesima cosa è stata lasciata a più persone da differenti eredi, queste persone non sono da considerarsi come collegatarj, e non vi è diritto di accrescimento: il legato divenuto vacante resta all'erede che doveva sodisfarlo, fr. 11, D. VII, 2.

(8) Poichè non è qui impedito come nell'instituzione di erede per la regola « Nemo pro parte testatus etc. » Vedi sopra il §. 699.

(9) Vi è eccezione per l'usufrutto legato, perchè in questo caso la parte del mancato va in accrescimento del collegatario, anche quando egli lo aveva acquistato. Dig. VII, 2. - *Fragm. vat.* §. 79, 89. - H. a Suerin, *Quaestiones de usufr. accresc.* in Otto, *Thes.* t. IV, p. 98. - J. C. Merten, *Diss. de usufructu accrescendo.* Erford. 1773. - C. G. Biener, *ad L. 10, D. de usufructu accr.* Lips. 1824, e nei suoi *Opusc.* ed. Fr. A. Biener, vol. II, n. 94 - A. F. E. Lelièvre, *Diss. de usufr. accresc.* Lovanio, 1827. - H. Heimsoeth, *Diss. de usufr. accr. in jure romano.* Colon. 1831.

(10) §. 8, J. II, 20. - Cost. un. §. 11, C. VI, 51. - fr. 88, D. XXXII. - fr. 41, pr. D. XXXI.

I *verbis conjuncti* non godono di alcun diritto d'accrescimento (1). Il *disjunctus* non può evitare l'accrescimento; ma ha luogo per lui *sine onere* della porzione che accresce; quanto al *mixtim conjunctus*, dipende dalla sua volontà l'accettare la porzione vacante; ma essa accresce *cum suo onere* (2). Infine, quando colui che non ha fra'collegatarj ricusato il legato lasciatogli, l'erede che dovrebbe soddisfarlo lo conserva (3).

§. 752. VII. *Della legge Falcidia.* A. *Suo contenuto.*

La legge Falcidia (a. u. 714) fece delle importanti restrizioni alla libertà del testatore sul gravare la eredità di legati. Questa legge ordinò che niuno potesse lasciare in legati più dei tre quarti dei suoi beni, di guisa che l'erede dovesse godere per lo meno un quarto della eredità, ed avesse in caso contrario, il diritto, di ridurre i legati proporzionalmente, all'oggetto di completare questo quarto (4). Dicesi oggi *Quarta Falcidia*, mentre i romani la dicevano semplicemente *Quarta* o *Falcidia* (5).

§. 753. B. *A chi competa.*

La quarta Falcidia appartiene:

1. A qualunque erede diretto, testamentario o intestato (6); ma non può profittarne il legatario e fidecommissario gravato del legato e del fidecommesso (7).

2. Esistendo più coeredi, la quarta di ciascuno d'essi deve restar libera, anche allorchè il patrimonio preso in massa non sarebbe gravato di troppo (8); ma quando uno dei coeredi viene a mancare e la sua porzione accresce agli altri, è da risolversi la seguente questione: la quarta Falcidia dovrà computarsi per ciascuna porzione in particolare o per tutte insieme (*utrum separetur an confundatur legatorum ratio*)? Bisogna esaminare se la porzione gravata accre-

---

(1) Fr. 11, D. VII, 2. - Il fr. 89, D. XXXII, pareva dire il contrario, ma questo passo non parla del diritto di accrescimento: egli dà solamente un privilegio ai *legatarii patris conjuncti* sopra l'erede, a forma delle disposizioni della legge Giulia e Papia Poppea. Ciò resulta dall'inscrizione di questo passo e soprattutto da Gajo, II, 207. - V. Holtius *loc. cit.* p. 9-19. - Il diritto d'accrescimento ha ancora meno luogo fra' legatarj ai quali si è dato una parte determinata, e reale della cosa medesima, fr. 1. pr. D. VII, 2. - fr. 84. §. 12. D. XXX.

(2) Cost. un. §. 11, C VI. 51.

(3) Fr. 44. §. 1. D. XXX. - fr. 15. D. XXXIV, 5. - Cost. un. §. 1, C. VI, 51.

(4) Gajo, II, 224, e seg. - Ulp. , XXIV, XXXII. - Paul. III. 8. - Dig. XXXV, 2, 3. - Cod. VI, 50. - Nov. 1, c. 2. - Teofilo, sopra le Ist. II, 22. - J. Voorda, *Comm. ad L. Falc.* Traj. ad Rhen. 1730. - Hugo, *Hist. du droit*, p. 651. - Schweppe, *Hist. du droit*, §. 497. - Sopra l'antico diritto, soprattutto sopra la *Lex Furia*, e la *Lex Voconia*, vedi Schrader, *De la Lex Furia*, nel *Mag. civ.* di Hugo, tom. V, p. 162. - M. Kind, *De lege Voconia*, Lips. 1820. - Savigny, *De la lex Voconia* nelle *Diss. de l'Académie de science de Berlin*, anno 1820. - Hasse, *De la Lex Voconia* nel *Musée Rhénan pour la jurisp. hist.* anno terzo, p. 183.

(5) Vedi in generale Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII, 22-27.

(6) La legge Falcidia non accordava questo diritto agli eredi testamentarj, o instituiti, o sostituiti, ma il fr. 18, pr. D. XXXV, 2, l'accorda egualmente agli eredi intestati.

(7) Fr. 47, §. 1, D. ivi. - La ragione è « cum semel adita est hereditas omnis defuncti voluntas rata constituitur » fr. 55, §. 2; fr. 22, 5, D. XXXVI, 1. - Pure se l'erede riduce la porzione del legatario, questo ha anche il diritto di ridurre proporzionatamente il legato imposto a se stesso, ma questa regola non deve intendersi in questo senso, che egli avrebbe un diritto sulla quarta Falcidia, fr. 22, §. 4, D. XXXV, 2.

(8) §. 1, J. II, 22, « etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est » fr. 77, D. XXXV, 2. - Becht de Bernstorff, *Diss. de ratione Legis Falcidiae in singulis heredibus ponenda.* Gœtt. 1754.

sce alla non gravata, o viceversa, ovvero se tutte e due le due porzioni sono gravate. Nel primo caso, le due parti si separano e la quarta si deduce dalla sola gravata; nel secondo, le due parti non si contano che per una sola, e la quarta si deduce dall'intero; nel terzo caso, la quarta si deduce da ciascuna porzione (1).

3. Quando i legittimarj sono onerati del legato, di guisa che neppur rimane loro la legittima, i legati debbono ridursi fino a concorrenza della legittima (2).

§. 754. C. *Da che si deduca.*

Per regola, tutti i legati, fidecommessi singolari e le donazioni a causa di morte vanno soggette a riduzione (3), ma non le donazioni tra'vivi (4), a meno che non divengano valide ed eseguibili solo dopo la morte del testatore (5). La riduzione deve inoltre farsi proporzionalmente su tutti i legati, se il testatore non ha espressamente determinato su quali debba aver luogo (6).

§. 755. D. *Della computazione.*

La quarta Falcidia deve computarsi nel modo che appresso:

1. Per determinare se un erede ha in generale il diritto di ridurre i legati per raggiungere la quarta Falcidia, bisogna esaminare la quantità della eredità al momento della morte del testatore. Se a tal epoca la eredità non è gravata, i legati non debbono subire riduzione di sorta, anche allorquando in seguito, dei casi fortuiti venissero a diminuire la eredità in guisa da ledere la quarta dell'erede; ma d'altra parte vanno soggetti a riduzione, anche quando la eredità ha in appresso goduto d'un accrescimento che completa la quarta dell'erede in principio gravata (7).

2. La quarta deve calcolarsi a norma del patrimonio del defunto, dedotti i debiti, oneri di successione, spese d'interramento del defunto e d'inventario della eredità (8).

3. L'erede non deve computare che ciò ch'egli riceve in qualità d'*erede* e non ciò che acquista come *legatario;* quindi, allorchè gode d'un legato per prelegato, non costeggia nella quarta che la porzione ch'egli dovrebbe pagare a se stesso (9).

4. Quando delle rendite vitalizie, di cui non può determinarsi esattamente il valore, per l'incertezza della durata della vita del legatario, formano obietto del legato, per esempio, un legato annuo, un legato d'alimenti o d'usufrutto *(legatum annuum, alimentorum, usufructus)*, bisogna esaminare se chi profitta di tale disposizione, è solo, o se esistono ancora altri legatarj. Nel primo caso bisogna pagargli il legato per intero, finchè il pagamento leda la quarta; allora deve ridursi (10). Nel secondo caso, bisogna immediatamente completare la quarta e dar luogo alla riduzione del legato; questa deve farsi in proporzione dell'età del legatario e della presunzione della durata di sua vita (11). Il legato si considera allora come un tutto che bisogna ridurre per dare la quarta all'erede, e che deve dividersi secondo il numero presunto di anni che il legatario potrà contar di vita.

(1) Fr. 78, D. ivi. - Cpr. fr. 1, §. 13, 14; fr. 11, §. 7, 8; fr. 87, §. 3, 5; fr. 14, §. 2; fr. 21, §. 1; fr. 25, pr. D. ivi.
(2) Cost. 20, C. VI, 50. - Cost. 24, C. III, 36. - Nov. 1, c. 1, §. 1.
(3) Cost. 2-5, C. VI, 50.
(4) Fr. 27, D. XXXIX, 6.
(5) Cost. 12, C. ivi. - Cost. 2, C. VIII, 57.
(6) Fr. 88, §. 2; fr. 54, D. XXXV, 2.
(7) §. 2, J. II, 22. - fr. 73, pr. D. XXXV, 2.
(8) §. 3, J. ivi. - fr. 1, §. 19; fr. 36, §. 2; fr. 72, D. XXXV, 2. - Cost. 6, pr. C. VI, 50.
(9) Fr. 74; fr. 76, pr. §. 1; fr. 86; fr. 91, D. XXXV, 2.
(10) Fr. 47, pr. D. XXXV, 2.
(11) Fr. 55; fr. 68, pr. D. ivi. Questo ultimo passo racchiude una doppia com-

§. 756. E. *In quali casi non ha luogo.*

Il diritto alla quarta Falcidia non ha luogo:

1. Per regola:

a) Nel testamento militare, fatto *jure militari* (1).

b) Quando l' erede non ha accettata l'eredità con benefizio d'inventario (2).

c) Quando il testatore l'ha espressamente o tacitamente proibita (3).

d) Quando l' erede ha espressamente o tacitamente rinunziato a questo diritto (4).

2. In alcuni legati che, per tal motivo, potrebbero dirsi privilegiati:

a) Il legato in favore d'uno stabilimento di beneficenza (5).

b) Il legato d' una cosa la di cui alienazione fu proibita dal testatore (6).

c) Il legato d'un debito, in quanto il legatario è in diritto d'esigere per lo meno l' ammontare del suo credito (7).

d) Ogni legato da computarsi in legittima (8).

e) Infine qualunque legato sottratto dall' erede (9). Del rimanente esistendo dei legati privilegiati e non privilegiati, la perdita deve sopportarsi dall' erede e non dai legatarj non privilegiati; l' erede riceve un meno sulla porzione che i legati privilegiati avrebbero dovuto somministrare per completar la quarta, ove ne avessero avuto l' obbligo (10).

§. 757. VIII. *Invalidità dei legati.*

Un legato può essere inefficace da principio, o divenirlo in appresso (11).

---

putazione della durata presunta della vita dell' uomo.

1. Quando alcuno è di età inferiore ai 20 anni, si conta ch' egli sia probabilmente per viverne altri 30; dai 20 ai 25, altri 28; dai 25 ai 30, altri 25; dai 30 ai 35, altri 22; dai 35 ai 40, altri 20; dai 40, ai 50, quanti occorrono per compire i 59; dai 50, ai 55, altri 9, anni; dai 55, ai 60, altri sette anni; al di sopra dei 60, altri cinque anni.

2. Ma si osserva pure ch' egli è più ordinario l' ammettere, che quello il quale è di 30 anni vivrà probabilmente ancora 30 anni, e che quello il quale ha più di 30 anni, vivera altrettanti anni quanti bisognano a compire i sessanta. - F. A. Schmetzler, *De probabilitate vitae*. Gœtt. 1788. - Un autore pretende che nel legato di alimenti e nel legato annuo il computo deve esser fatto secondo il n. 1; nel legato d' usufrutto all' incontro secondo il n. 2.

(1) Cost. 7, C. VI, 50. - fr. 17, 92, 96, D. XXXV, 2.

(2) Cost. 22, §. 14, C. VI, 30. - Nov. 1, c. 2, §. 2.

(3) L' antico diritto non glie lo permetteva, fr. 15, §. 1; fr. 27, D. XXXV, 2. - fr. 81, §. 4, D. XXX. - Cost. 11, 18, C. VI, 50. - Ma Giustiniano gli dà questa facoltà, Nov. 1, c. 2, §. 2. - Un esempio di tacita proibizione di fare la retenzione è quando il testamento ordina espressamente all' erede di restituire *tutta* la successione.

(4) Fr. 46, 71, D. XXXV, 2. - Cost. 19, C. VI, 50. - Si considera come tacita renunzia quando egli abbandona un legato o scientemente o per errore di diritto, Cost. 9, C. ivi. - Cpr. frattanto il fr. 16, D. XXXV, 2, e la Nov. 1, c. 3.

(5) Secondo l' antico diritto il legato *ad pias causas* subiva la riduzione; ciò resulta dal fr. 1, §. 5, D. XXXV, 2, e la Cost. 49, C. I, 3, ma la Nov. 131, c. 12, lo libera dalla riduzione. Vedi Aut. *Similiter*. C. VI, 50.

(6) Nov. 119, c. 11. - Auth. *Sed et*, C. VI, 50.

(7) Fr. 1, §. 10, D. XXXV, 2. - Cpr. fr. 1, §. 12, D. XXXIII, 4. - fr. 81, §. 1, 2, D. XXXV, 2. - fr. 28, §. 1, D. XXX.

(8) Fr. 87, §. 3, D. XXXI. - Cost. 36, pr. C. III, 28. - Bisogna dire altrettanto della vedova indigente.

(9) Fr. 59, pr. D. XXXV, 2.

(10) Thibaut, *System*, è d'altro avviso, §. 767, quando dice: « Bisogna prima dedurre dalla massa della successione e i legati assomigliati ai debiti, che non subiscono alcuna riduzione ». Ma i legati non son debiti; sono liberalità, nelle quali il testatore è limitato dalla legge Falcidia in favore dell' erede: ove questa restrizione cade, l'erede solo subisce una perdita.

(11) Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII, 16, 17.

A. È nullo da principio:

1. Quando è stato lasciato a persona incapace.

2. Quando è vizioso nella sua istituzione.

3. Quando la cosa legata non può formare obietto d'un legato. Un legato consimile nullo da principio, non acquista validità giusta la regola catoniana (1), anche quando il motivo di nullità sparisse in seguito (2).

B. Un legato può divenir nullo in seguito:

1. Per *ademptio*, vale a dire, revocandolo il testatore (3). Una tal revoca non esige alcuna solennità (4), e può farsi in scritto o a voce, espressamente o tacitamente; tacitamente, quando il testatore cancella il legato, o distrugge la cosa legata, o la trasforma in una nuova specie diversa dalla prima (specificazione), o alienandola senza necessità, o facendone donazione tra' vivi ad altra persona (5). Vi sono ancora dei casi in cui la revoca è presunta, specialmente quando ha luogo una inimicizia fra il testatore e il legatario, o quando il testatore dirige delle ingiurie a colui che ha onerato di un legato (6).

2. Per *translatio*; intendesi con ciò qualunque modificazione che un testatore fa subire a un legato (7). Quindi:

a) Quando lega una cosa diversa da quella che aveva innanzi legato.

b) Allorchè incarica un'altra persona della soddisfazione del legato.

c) Allorchè lega a una persona la cosa legata dapprima ad un' altra.

d) Quando cangia la modalità del legato (8). Ogni traslazione di legato importa la revoca di lui e la istituzione di un nuovo. È questa la ragione che per essa si esigono tutte le solennità richieste per la istituzione d' un legato; perchè diversamente il legato verrebbe a revocarsi senza essere susseguito da traslazione, e non sarebbe valido nè il primo nè il secondo legato (9).

3. In molti casi, un legato diviene del pari nullo senza volontà del testatore; dicesi allora *legatum extinctum*.

Ciò avviene:

a) Quando il legatario muore prima del testatore, o sopravvivendo, quando muore innanzi che abbia acquistato il diritto al legato, e non esistono collegatari (10).

b) Quando non si verifica la condizione da cui si è fatto dipendere il diritto al legato.

c) Quando il testamento che racchiude il legato è rotto, irrito o nullo (*ruptum, irritum, destitutum*) (11).

d) Quando il legatario acquista da

(1) Fr. 1, pr. D. XXXV, 7. « Quod si testamenti facti tempore testator, decesserit inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit non valet ».

(2) Questa regola non è applicabile per eccezione ai legati condizionati nè a quella sopra i quali il legatario non ha un diritto se non se dopo l' accettazione della successione, fr. 2-4, D. XXXIV, 7. - Non era di più applicabile ai fidecommessi, fr. 5, ivi. - fr. 1, §. 1, 5, D. XXXII. Gli autori non sono uniformi sulla questione di sapere se è applicabile ai fidecommessi dopo che sono stati assomigliati ai legati dalla Cost. 2, C. VI, 43.

(3) Ist. II, 21. - Dig. XXXIV, 4. - Ulpiano, XXIV, XXIX. - fr. 3, §. 7, D. XXXIV. - fr. 10, pr. D. XXXIV, 5.

(4) Fr. 3, §. 11, D. ivi. - pr. J. II, 21.

(5) Fr. 16. 18, D. ivi. - fr. 65, §. 2, D. XXX. - §. 12, 21, J. II, 20, - Cost. 27, C. VI, 42.

(6) Fr. 3, §. 11. - fr. 4; fr. 13, D. XXXIV, 4.

(7) Ist. II, 21. - Dig. XXXIV, 4.

(8) Fr. 6, pr. D. ivi. - §. 1, J. ivi. - fr. 5; fr. 3, §. 8, 9; fr. 10; fr. 24, pr. D. ivi.

(9) §. 12, 21, J. II, 20. - fr. 34. pr. D. XXX.

(10) Cost. un. §. 2, 4, 7, C. VI, 51.

(11) Secondo l'antico diritto un legato diveniva egualmente invalido, quando quello il quale era incaricato di accettarlo, veniva a mancare, fr. 29. §. 1, 2, D. XXXI. Ma non e più così nel diritto nuovo, fr. 74, D. XXX. - Cost. un. §. 10, C. VI, 51.

un' altra persona a titolo oneroso, la cosa di altri a lui legata (1).

e) Quando l' obietto del legato perisce, o subisce una specificazione che toglie la proprietà (2).

4. Oltre questi casi ve ne sono ancora molti nei quali il legato si ha come non scritto, *pro non scripto* (3), ed altri in cui è ritolto al legatario essendo egli persona indegna *(legatum exceptitium)* (4). Fra i legati considerati come non scritti, si annovera quello in cui taluno che ha redatto l'ultima volontà del testatore, ha scritto un legato in suo pro, a menochè il testatore non lo confermi in altra guisa (5).

CAPITOLO TERZO

Delle successioni fidecommissarie (6).

§. 758. I. *Nozione e specie dei fidecommessi in generale.*

Dicesi *fidecommesso* qualunque disposizione d'ultima volontà, per cui s' incarica qualcuno di restituire a un terzo i beni lasciatigli, in tutto o in parte. Se la eredità deve essere in tutto o in parte restituita, il fidecommesso prende nome, presso i romani, di *fideicommissaria hereditas*, e secondo i moderni quello di *fideicommissum universali*; se per lo contrario deve restituirsi una cosa individua o una somma determinata, il fidecommesso dicesi, secondo i romani, *fideicommissum singulæ rei, s. fideicommissum speciale*, e secondo i moderni, *fideicommissum singulare* (7). Non può incaricarsi che l'erede a restituire un fidecommesso universale; al contrario tutti coloro che ricevono qualche cosa dal testamento, possono venire incaricati di restituire un fidecommesso singolare (8).

§. 759. II. *Dei fidecommessi universali.* A. *Generalità* (9).

Il fidecommesso universale trae sempre con sè, per diritto Giustinianeo,

(1) §. 6, J. II, 20. - fr. 21, §. 1, D. XXXII. - fr. 17, 19, D. XLIV, 7.

(2) §. 16, J. II, 20. - fr. 89, pr. §. 1, D. XXXII. Sopra il caso in cui l' una o l'altra di più specie perisce, vedi fr. 1, 2, D. XXXIII, 8. - §. 17-20, J. II, 20. - fr. 22, D. XXX.

(3) Dig. XXXIV, 8.

(4) Dig. XXXIV, 9, Cod. VI, 35.

(5) Secondo il Senatusconsulto Liboniano, Dig. XLVIII, 10. - Cod. IX, 23. - fr. 1, D. XXXIV, 8. - fr. 29. D. XXVI, 2. - Vedi sopra p. 318, nota 1.

(6) Vedi in generale i fonti e gli autori indicati al §. 700. - In seguito C. Chiflet. *De jure fideicommissorum*, libri IV; in Ott. *Thes.* tom. V, p. 769, e sull' antico diritto, Gans, *Scolies sur Gajus*, p. 347. - D. van de Wynpersse, *De fideicommissorum romanorum historia.* Lugd. Bat. 1822.

(7) §. 2, 12, J. II, 23. - Pr. J. II, 24. Abbiamo già fatto osservare che Giustiniano ha posto i legati ed i fidecommessi sopra la stessa linea con la Cost. 2, C. VI, 43. (Cpr. §. 3, J. II, 20. - fr. 1, D. XXX). La Costituzione di Giustiniano non assomiglia altronde che i fidecommessi *particolari* ai legati.

(8) Il testatore può anche ordinare la restituzione di una successione altrui avvenuto o a lui o al suo erede, o quella della successione dell' erede medesimo, fr. 76, §. 1, D. XXXI. - fr. 16. §. 5, 6; fr. 17, §. 1; fr. 27, §. 9, 10, D. XXXVI, 1. - fr. 114. §. 7, D. XXX - fr. 77, §. 25; fr. 88, §. 16, D. XXXI. - fr. 15. §. 3, D. XXXV, 2. - H. A. Heise, *De aliena hereditate restituenda.* Gœtt. 1816.

(9) Ulpiano, XXV, 14, 15. - Gajo, II, 247-259. - Ist. II, 23. - Dig. XXXVI, 1. - Cod. VI, 49, 52. - Doneau, *Comm. jur.*

una successione universale (1); altro dunque non è che una specie di sostituzione, poichè un altro erede, in tutto o in parte subentra al primo (2). Differisce però la sostituzione fidecommissaria della volgare d'un erede diretto, in quanto, nella volgare, il secondo erede non riceve realmente la qualità d'erede che allor quando il primo non adisce la eredità; mentre nel fidecommesso universale, il secondo erede non può pretendere la successione se non quando l'erede diretto ha effettivamente ottenuto questa qualità. Ma in quella guisa che nella sostituzione volgare il testatore può stabilire più passaggi, così può ordinare che il fidecommesso universale sia dal primo erede restituito al secondo, dal secondo al terzo ec. (3). Il fidecommesso istituito a vantaggio della famiglia del fondatore, dicesi *fideicommissum familiæ*, e quando deve aver vita finchè esistono membri di questa famiglia, dicesi *fideicommissum perpetuum* (4).

§. 760. B. *Subietti del fidecommesso universale.*

Le persone che hanno luogo nel fidecommesso universale sono:

1. Il *fidecommittens*, quegli che l'istituisce, deve avere la testamenti-fazione attiva (5).

2. Il *fidecommissarius*, quegli che deve riceverlo, deve godere della testamenti-fazione passiva (6).

3. Il *fiduciarius*, quegli che deve restituirlo; può essere erede diretto o fidecommissario (7).

§. 761. C. *Dell'istituzione ed acquisto del fidecommesso universale.*

Un fidecommesso universale può istituirsi, come un legato, in qualunque disposizione d'ultima volontà; è pur valido senza formalità di sorta, allorchè il testatore ne incarica a voce l'erede; ma in tal caso, il fidecommissario non può provare il suo diritto che pel giuramento del fiduciario (*fideicommissum præsenti heredi injunctum*) (8). I principj sulla modalità e acquisto dei legati sono applicabili ai fidecommessi universali (9).

§. 762. D. *Del rapporto legale tra il fiduciario e il fidecommissario.*
1. *Secondo il Scto Trebellianico.*

Perchè un fidecommesso universale sia efficace, bisogna che l'erede diretto divenga realmente erede, e al-

---

civ. VII, 15, 17, 20, 30. - J. F. J. Verheyen, *Diss. de fideicommissaria hereditate*, Traj. ad Rhen. 1802. - Haase, *Diss. de vera vi ac indole fideicommissi universalis*. Lips. 1805. - L. Ph. Mecus, *Diss. de fideicommissariis hereditatibus*. Lovanio, 1819.

(1) Prima di Giustiniano l'erede fidecommissario era come, dice Gajo, II, 251, « *aliquando heredis loco, aliquando legatarii* ».

(2) Si dice pure il fidecommesso universale « *substitutio obliqua seu fideicommissaria*, » in opposizione colla « *substitutio directa*; » che comprende le sostituzioni volgare, e pupillare.

(3) §. 11, J. II, 23. - Si può anche farlo tacitamente (*fideicommissum tacitum*) come dal fr. 114, §. 6, 7, 14, 15, D. XXX. - fr. 67, §. 5; fr. 69, §. 3; fr. 77, §. 24, D. XXXI. - fr. 38, §. 3, 7, D. XXXII. - fr. 17, pr.; fr. 74, pr. D. XXXVI, 1. - Ma non bisogna confondere questo caso con ciò che i romani chiamavano *fideicommissum tacitum* il quale consisteva nel fidecommesso che alcuno era onerato di rimettere ad un incapace, fr. 103, D. XXX. - fr. 10, D. XXXIV, 9. - fr. 3. §. 3, D. XXXIV, 9. - fr. 3. §. 3, D. XLIX, 14. - Vedi sopra il §. 685, *b* nota 5.

(4) Nov. 159.

(5) Ulpiano, XXV, 4. - fr. 2, D. XXX.

(6) Ulpiano, XXV, 6. - Gajo, II, 284. - fr. 67, §. 3, D. XXXVI, 1.

(7) §. 10, 11, J. II, 23. - fr. 1, §. 6, D. XXXII. - fr. 8, §. 1, D. XXIX, 7.

(8) §. 2, J. II, 25. - §. 12, J. II, 23. - Cost. 32. C. VI, 42.

(9) §. 2, in fine, J. II, 23. - Quanto all'acquisto e trasmissione di un fidecommesso, vedi fr. 25, pr.; fr. 44, pr.; fr. 46, D. XXXVI, 1. - Cost. 22, C. VI, 42.

lora è tenuto alla restituzione (1). Ma quando l'erede diretto ha accettata la eredità, questa qualità d'erede gli si conserva pel principio di diritto romano: *semel heres*, *semper heres*, anche quando deve restituire tutta la eredità come fidecommissario; può dunque tanto innanzi che dopo la restituzione, azionare i debitori della eredità, ed essere da quelli azionato. Per parte sua, il fidecommissario aveva, in principio, quando doveva venirgli restituita una quota parte dell'eredità, la più grande analogia col parziario (*partiarius*); al pari di questi, egli non era che successore singolare, e le stipulazioni *partis et pro parte*, avevano egualmente luogo fra lui e l'erede diretto. Questo diritto ebbe vita finchè il Senatusconsulto Trebellianico, emanato sotto Nerone (a. u. 814), ordinò che dopo la restituzione della eredità, tutte le azioni, che per diritto civile competevano all'erede diretto e potevano esser dirette contro di lui, appartenesser del pari, come azioni utili, al fidecommissario, e venissero accordate contro di lui, in proporzione della sua parte. Il fidecommissario era dunque *heredis loco*, la restituzione dava vita a una eredità universale, e le stipulazioni dell'antico diritto *partis et pro parte* non più abbisognavano (2).

§. 763. 2. *Secondo il Scto Pegasiano.*

Frattanto l'erede diretto, era sempre libero d'accettare o rifiutare la eredità; facile però è a credere che la ripudiasse tuttavolta che era incaricato di restituirla per intero, comecchè non glie ne venisse vantaggio di sorta. Per assicurare l'efficacia dei fidecommessi anco per questa parte, il Senatusconsulto Pegasiano, emanato sotto Vespasiano, estese la legge Falcidia ai fidecommessi universali, e ordinò che l'erede diretto, incaricato di restituire un fidecommesso universale, avesse il diritto di ritenere, in tutti i casi, il quarto della eredità o per lo meno della sua porzione ereditaria, ma che fosse d'altronde obbligato d'accettare la eredità (3). Colui che profittava di questo quarto restituiva la eredità *ex Scto Trebelliano*, e i debiti e crediti erano divisi di pieno diritto fra lui e il fidecommissario, in proporzione della parte ereditaria di ciascuno d'essi; colui che, al contrario, non aveva questo quarto di beni libero, restituiva *ex Scto Pegasiano*, e le due parti erano nuovamente obbligate a prestarsi reciprocamente cauzione, per la stipulazione *partis et pro parte* all'effetto di garantire la parte loro proporzionalmente ai lucri e alle perdite ereditarie (*lucra et damna hereditaria*) (4).

§. 764. 3. *Della riunione dei due Scti in uno, per Giustiniano.*

Giustiniano riunì il diritto del Senatusconsulto Pegasiano a quello del Senatusconsulto Trebellianico, e da tal riunione derivano i princìpj seguenti:

1. L'erede diretto incaricato di restituire un fidecommesso universale ha in ogni tempo il diritto di ritenere il quarto della sua porzione ereditaria (*quarta Trebelliana*).

---

(1) Il fiduciario dunque deve pure costituire una cauzione fidejussoria o fidecommissaria per garantire la restituzione della successione, fr. 1, §. 1, D. XXXVI, 4. - Cost. 1, 4, C. VI, 54.

(2) Ulpiano, XXV, 14, 16. Gajo, II, 251-259. - Ist. II, 23. - Dig. XXXVI. - Cod. VI, 49.

(3) §. 7, J. II, 23. - Questo quarto, nelle fonti del diritto, si dice o semplicemente *quarta* o *Falcidia*, o *commodum Legis Falcidiae*; fr. 16, §. 9; fr. 22, §. 2; fr. 27, §. 10; fr. 30, D. XXXVI, 1. - I moderni lo dicono senza ragione, *quarta Trebelliana*.

(4) Nel primo caso il fidecommissario era dunque *heredis loco*, nel secondo *legatarii loco*. Però Gajo dice, II, 251, « *is vero qui* recipit hereditatem *aliquando* heredis loco est, *aliquando* legatarii ».

2. I crediti e debiti della eredità debbono considerarsi come divisi di pieno diritto tra il fiduciario e il fidecommissario; quest'ultimo è sempre dunque *heredis loco* (1).

3. Il fiduciario che nega di accettare volontariamente l'eredità, può esservi astretto; ma in tal caso perde il diritto alla quarta, e ogni altro vantaggio cui poteva pretendere a norma dell'ultima volontà del defunto (2).

4. In tal caso, dacchè il fiduciario ha accettata l'eredità e ne è in possesso, può venire perseguitato dal fidecommissario coll'*actio personalis ex testamento*, per la restituzione della eredità. Quando non ne è in possesso, deve per lo meno restituirla verbalmente, e il fidecommissario ha contro il terzo possessore *pro herede* o *pro possessore*, la *petizione d'eredità fidecommissaria* (*hereditatis petitio fideicommissaria*) (3).

§. 765. 4. *Della quarta Trebellianica in particolare.*

La quarta Trebellianica, altro realmente non è che la quarta Falcidia applicata ai fidecommessi universali (4); deve dunque regolarsi coi principj stabiliti per la quarta Falcidia. Ne consegue:

1. Che l'erede diretto soltanto ha diritto di ritenerla, e ch'essa non appartiene al fidecommissario incaricato di restituire un fidecommesso (5).

2. Che ove esistono più eredi diretti, gravati d'un fidecommesso universale, ciascuno d'essi può ritenere la quarta in proporzione della sua quota ereditaria (6).

3. Che deve dedursi dalla massa, a menochè non sia stato permesso all'erede di ritenere una cosa individua, il cui valore equivalga a un quarto dell'eredità (7).

4. Che l'erede non deve comprendere nella quarta che ciò ch'egli prende nella sua qualità d'erede, e non ciò ch'egli riceve come legatario (8).

5. Che in tutti i casi in cui la quarta Falcidia non può dedursi dal legato, non lo può nemmeno da un fidecommesso universale (9); quindi, dopo l'ultima disposizione di Giustiniano, l'erede non ha diritto di ritenerla, quando il testatore ne ha proibita la deduzione; ed egli la proibisce tacitamente ordinando la restituzione della intera eredità (10).

§. 766. 5. *Dell'epoca della restituzione.*

Il fiduciario deve seguire, quanto

---

(1) §. 7, J. II, 23. - Cost. 7, §. 1, C. VI, 49.

(2) Fr. 4; fr. 27, §. 14, 15; fr. 55, §. 3; fr. 28, §. 1, D. XXXVI, 1. -

(3) Fr. 37, pr.; fr. 63, pr. D. ivi. - Dig. V, 6. - Cpr. più sopra §. 692.

(4) Perciò presso i romani vien sempre chiamata semplicemente *quarta* o *Falcidia*. - J. Th. Moeller, *De quarta Trebellianica quam vocant, utrum aliqua parte differat a quarta Falcidia*. Heidelb. 1815.

(5) La ragione n'è « cum semel adita est hereditas omnis defuncti voluntas rata constituitur » fr. 55, §. 2; fr. 22, §. 5, D. XXXVI, 1. - Quanto all'eccezioni, vedi fr. 1, §. 19; fr. 63, §. 11; fr. 55, §. 2, D. ivi.

(6) Arg. §. 1, J. II, 22.

(7) §. 9, J. II, 23.

(8) Gajo espressamente dice, II, 252. « Senatus consult, est ei, qui rogatus est hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur ». Ciò è detto anche più chiaramente *Epit. Gaii*, II, 7, pr. « Sed in hac quoque re hoc observandum est, quod de Falcidia supra jam dictum est, ut heres institutus, etiamsi omnem hereditatem alii restituere jussus sit, ita hereditatem alii restituat, ut quartam sibi ex ipsa hereditate retineat ». Confrontati con questo passo i fr. 74; fr. 38, §. 7, D. XXXV, 2. - Sopra i fr. 86, D. XXXV, 2. - fr. 91, D. ivi. - Cost. 24, C. III, 36, i quali servono d'appoggio all'opinione contraria, vedi Cujac. *Obs*. VIII, 3, 4. - Quanto ai frutti da restituirsi dal fiduciario, vedi fr. 18, pr. §. 1, 2; fr. 22, §. 2; fr. 27, §. 1, D. XXXVI, 1. - Cost. 6, pr. C. VI, 49.

(9) Fr. 1, §. 18; fr. 3, §. 1; fr. 4; fr. 45, D. XXXVI, 1.

(10) Nov. 1, c. 2, §. 2.

all'epoca della restituzione, la volontà espressa del testatore, e in mancanza di lei, è immediatamente dopo l'accettazione dell'eredità (1). Nell'un caso e nell' altro, egli ha diritto d' esser rimborsato delle spese necessarie ed utili da lui fatte pel fidecommesso o pel fidecommissario, e quanto alle voluttuose, egli non ha che un *jus tollendi* (2); ma è possibile però del danno avvenuto per sua colpa (3).

§. 767. 6. *Dell' inalienabilità del fidecommesso.*

Finchè il fiduciario ha il possesso e il godimento del fidecommesso, egli ne è per vero proprietario, ma non può per regola alienare le cose che ne forman parte (4), se non sia per pagare i debiti dell' eredità, o per evitare che il fidecommissario risenta un danno (5), o che il testatore lo abbia permesso (6), o tutte le parti interessate vi consentano (7). L'alienazione in ogni altro caso è nulla, e può dar luogo all' azione utile in rivendicazione per parte del fidecommissario, dacchè gli è deferito il fidecommesso. La legge in oltre gli accorda in garanzia del suo credito in restituzione del fidecommesso una ipoteca legale sulla porzione ereditaria dell' erede incaricato della restituzione (8). Quando al contrario il fiduciario non è tenuto di restituire al fidecommissario che il solo restante della eredità all' epoca della sua morte (*fideicommissum ejus quod superfuturum est)*, egli può, per diritto nuovo, disporre di tre quarti della eredità, e non deve restituire al fidecommissario che un solo quarto, pel quale è in obbligo di dar cauzione (9).

§. 768. E. *Dell' estensione del fidecommesso.*

Il fidecommesso, oltre i casi in cui la disposizione che lo racchiude è o divien nulla (10), s'estingue in oltre:

1. Quando il fidecommissario vi renunzia (11).
2. Quando muore prima d' averne acquistato il diritto.
3. Quando non si verifica la condizione da cui si è fatto dipendere (12).
4. Quando si estingue la famiglia per la quale si è fondato (13), o quando tutti i membri di questa famiglia consentono alla soppressione od alienazione di lui (14).

---

(1) Fr. 41, §. ult. D. XXXII.

(2) Fr. 19, §. 2; fr. 22, §. 3, D. XXXVI, 1, - fr. 58, D. XXX. - fr. 40, §. 1, D. XII, 6.

(3) Fr. 12, §. 3, D. XXXVI, 1. - Hasse, *De la faute*, p. 272.

(4) L' antico diritto autorizzava il fiduciario ad alienare, e non dava al fidecommissario che un' azione in restituzione del fidecommesso, e in riparazione del danno causato; fr. 3, §. 3; fr. 19, §. 2; fr. 70, §. 1, D. XXXVI. - Ma Giustiniano proibì l' alienazione dei beni che fanno parte del fidecommesso, e la dichiarò nulla in favore del fidecommissario. Cost. 3, §. 2, 3, C. VI, 43. - Nov. 159.

(5) Fr 144, §. 14, D. XXX. - fr. 38, pr. D. XXXII. - fr. 22, §. 3, D. XXXVI, 1. - fr. 104, D. XLVI, 3.

(6) Aut. *Contra*, C. VI, 49. - fr. 70, §. 3; fr. 71, 72, D. XXXI.

(7) Cost. 11, C. VI, 42. - fr. 120, §. 1, D. XXX. - Vi è ancora un'eccezione; questa è quando il fiduciario è stato onerato di restituire la successione alla sua morte: egli può alienare le cose individuali, che ne fanno parte, se gli è impossibile di costituire una dote o una donazione a causa di nozze, senza questa alienazione. Nov. 39, c. 1. Cpr. colla Nov. 106, c. 1.

(8) Cost. 1, 3, C. VI, 43. - Nov. 108, c. 2. - Nov. 159.

(9) Sull' antico diritto, fr. 54; fr. 58, §. 7, 8, D. XXXVI, 1. - fr. 70, §. 3; fr. 71, 72, D. XXXI. - Sopra il diritto nuovo, Nov. 108, c. 1, e 2. - J. A. Reichardt, *De fideicommisso ejus quod super futurum erit.* Jenæ, 1785.

(10) Cost. 29, VI, 42.

(11) Cost. 26, C. VI, 42. - Cpr. Cost. 1, 16, C. II, 3. - Cost. 11, C. II, 4.

(12) Fr. 102, D. XXXV, 1. - Cost. 30, C. VI, 42. - Cost. 3, §. 3, C. VI, 43.

(13) Fr. 78, §. 3, D. XXXI.

(14) Cost. 11, C. VI, 42. - Cpr. il §. 735.

CAPITOLO QUARTO

Della donazione a causa di morte (1).

§. 769. I. *Nozione della donazione a causa di morte.*

La donazione a causa di morte (*mortis causa donatio*) non può aver luogo:

1. Quando in vista d'un pericolo imminente si dona a qualcuno una cosa, a condizione di riprenderla scampando il pericolo (2).

2. Quando perdurante la vita e senza veduta di pericolo speciale, si dava una cosa su cui il donatario non può acquistar diritto che dopo la morte del donante (3). Questa è la donazione a causa di morte, nel suo vero significato. Essa ha di particolare, che il donante ove si penta di aver donato, può in ogni tempo revocarla, e che la morte precedente del donatario l'annulla di pieno diritto (4). Ma perchè la donazione a causa di morte sorta i suoi effetti, esige essenzialmente che il donante dia, in vita, al donatario la cosa che forma oggetto della donazione (5). Ma siccome essa ha molta somiglianza col legato, pel suo carattere di revocabilità, i giureconsulti romani disputarono, se doveva riguardarsi e trattarsi come convenzione o come legato (6). Giustiniano decise che fosse valida come legato e come fidecommesso, in caso in cui non potesse aver forza come vera donazione (7).

§. 770. II. *Della natura legale della donazione a causa di morte.*

A. La donazione a causa di morte ha di comune col legato:

1. Egualmente che il legato, può in ogni tempo venir revocata dal donante (8).

2. Quegli solo che può legare e acquistar per legato, può donare e acquistare per donazione a causa di morte (9).

3. Una donazione a causa di morte, valida come legato, non richiede alcuna insinuazione, anche eccedendo la somma di 500 solidi (10).

4. La donazione a causa di morte

---

(1) §. 1, J. II, 7. - Dig. XXXIX, 6. - Cod. VIII, 57. Doneau, *Comm. jur. civ.* XIV, 33. - J. F. Junghans, *Diss. de mortis causa donationum indole.* Lips. 1785. - Haubold, *Diss. de mortis causa donationum conjecturis ex mortis mentione capiendis.* Lips. 1792, nei suoi *Op. acad.* ed. Wenck. vol. I, pag. 349, e nella prefazione Wenckii, p. XXXVI. - W. Muller, *De la natura de la donation à cause de mort.* - Giessen, 1827.

(2) §. 1, J. II, 7. - Teof. sopra questo passo. - fr. 19, pr. D. XVI, 3. - fr. 2-7; fr. 29, D. XXXIX, 6.

(3) §. 1, J. cit. - fr. 1, 2, D. XXXIX, 6.

(4) Fr. 13, §. 1; fr. 26; fr. 27; fr. 35, §. 2, 4; fr. 42, §. 1, D. XXXIX, 6. - Nov. 87, c. 1.

(5) Così la questione di sapere se ella deve essere accettata cade da se stessa.

(6) Paul, al fr. 35, §. 3, D. XXXIX, 6, si pronunziò per la convenzione: Giuliano e Ulpiano ai fr. 17; fr. 37, pr. D. ivi. - fr. 1, §. 1. D. XXXVIII, 5. - fr. 3, §. 17, D. XXXVIII, 2, per i legati.

(7) Cost. 4, C. VIII, 57. - §. 1, J. II, 7. - Nov. 87, c. 1.

(8) Fr. 13, §. 1; fr. 35, §. 2, 4, D. XXXIX, 6. - fr. 27; fr. 42, §. 1, D. ivi. - Nov. 87, c. 1.

(9) Fr. 15; fr. 9; fr. 35, pr. D. ivi.

(10) Cost. 4, C. VIII, 37.

è soggetta, come il legato, alla riduzione della quarta Falcidia (1), e la querela della donazione inofficiosa è concessa contro la donazione a causa di morte che offende la legittima.

5. Il donatario a causa di morte gode delle medesime azioni del legatario.

6. Essendovi più donatarj a causa di morte, godono del diritto d'accrescimento come i collegatarj e alle condizioni istesse.

B. Ma la donazione a causa di morte, valida come *vera donazione*, ha i caratteri particolari seguenti:

1. Essa sorte i suoi effetti al momento della morte del donante, e la sua validità è indipendente dall'adizione della eredità: è valida, anche quando l'erede istituito ripudia la eredità (2).

2. La capacità del donatario a causa di morte, serve che esista, perchè possa acquistar la donazione, al momento della morte del donante (3).

3. Il figlio di famiglia autorizzato dal padre, può del pari fare una donazione a causa di morte, ma non può avere per oggetto che il peculio profettizio (4).

4. La donazione a causa di morte avente per oggetto una rendita annua, non si riguarda che come una sola donazione (5), mentre il legato annuo è riguardato come costituzione che racchiude più legati.

5. Quegli che attacca senza riuscita un testamento come nullo o inofficioso, perde tutti i legati istituiti in suo favore nel testamento; ma lo stesso non avviene delle donazioni a causa di morte (6).

6. Finalmente, quando un testatore revoca tutti i legati, senza fare espressa menzione delle donazioni a causa di morte, queste non si hanno per revocate.

La donazione a causa di morte che ha tutti questi particolari caratteri, o in altri termini, la donazione a causa di morte, destinata a valere come donazione e non come legato, deve eseguirsi, vivente il testatore, e quando eccede la somma di 500 solidi, deve insinuarsi negli atti pubblici; perchè diversamente non varrebbe che come legato o fidecommesso (7). Bisogna in conseguenza che, anche in questo caso, siano osservate per la donazione tutte le formalità necessarie per un legato (8).

§. 771. III. *Dell' estinzione della donazione a causa di morte.*

La donazione a causa di morte sia che si riguardi come legato, o come donazione, si estingue:

1. Per la revoca fatta dal donante (9), che conserva sempre una tal facoltà, a menochè una special convenzione non gli tolga il diritto della revoca *(conventio ne revocetur)* (10). La donazione fatta in veduta d'un pericolo determinato in cui si trovi il donante, s'estingue anche senza revoca, s'egli campa al pericolo (11).

2. Morendo il donatario prima del donante (12).

3. Quando il donante, dona durante sua vita, la cosa che forma oggetto della donazione ad altra persona (13), o quando l'aliena senza necessità (14), o quando vi fa un can-

(1) Fr. 27, D. ivi. - Cost. 5, C. VI, 50. - Cost. 2, C. VIII, 57.
(2) Fr. 32, D. ivi.
(3) Fr. 22, D. ivi.
(4) Fr. 25, §. 1, D. ivi.
(5) Fr. 35, §. 7, D. ivi.
(6) Fr. 5, §. 17, D. XXXIV, ivi.
(7) Fr. 75, pr. D. XXXI. - fr. 18, §. 2, D. XXXIX, 6.
(8) Cost. 4, C. VIII, 57. - J. G. Bauer, Pr. *De forma donationis mortis causa.* Lips. 1760, e nei suoi *Opusc. acad.* tom. I, n. 25.
(9) Bisogna qui applicare i principj della revocazione dei legati: Vedi il §. 722.
(10) Fr. 13, §. 1; fr. 35, §. 4, D. XXXIX, 6.
(11) §. 1, J. II, 7. - fr. 29, D. XXXIX, 6.
(12) Fr. 26, D. ivi.
(13) Fr. 18, D. XXXIV, 4.
(14) Fr. 24, §. 1, D. ivi. - §. 12, J. II,

giamento essenziale (1). Allorchè una donazione a causa di morte di già eseguita è nulla per l'un motivo o per l'altro, il donante o i suoi eredi possono ripeter la cosa donata, esistente in natura, per l'azione reivindicatoria; e se non esiste più in natura, colla condizione *sine causa* o coll'*actio in factum* (2).

§. 772. Mortis causa capio.

Per *mortis causa capio*, in senso lato, intendesi tutto ciò che si acquista per la morte d'una persona; quindi, l'eredità, i legati, i fidecommessi e le donazioni a causa di morte. In senso stretto al contrario, non s'intende che gli acquisti a causa di morte, che non hanno nome speciale (3). Fra questi si annovera:

1. Ciò che in caso di morte si riceve, per compimento d'una condizione, per parte d'altra persona (4).

2. La donazione che diventa valida per la morte d'un terzo anteriore alla donazione (5).

3. Infine, tuttociò che si riceve per rifiutare una eredità, nel fine di trasmetterla ai sostituiti o agli eredi intestati (6); così anche ciò che si riceve per accettarla (7).

---

20. - fr. 11, §. 12, D. XXXII. - Cost. 3, C. VI, 37.

(1) Fr. 88, §. 2, D. XXXII. - fr. 24, §. 4; fr. 65, §. 2, D. XXX.

(2) Fr. 29; fr. 18, §. 1; fr. 35, §. 3; fr. 37, §. 1, D. XXXIX, 6.

(3) Fr. 31, pr.; fr. 38, D. XXXIX, 6. - J. F. Lœffler, *Diss. de mortis causa capionibus*. Lips. 1751.

(4) Fr. 1, §. 8; fr. 30, §. 7; fr. 91, D. XXXV, 2. - fr. 38, D. XXXIX, 6.

(5) Fr. 18, pr. D. XXXIX, 6.

(6) Fr. 8, pr. D. ivi.

(7) Fr. 21, D. ivi.

LIBRO QUINTO

Del concorso dei Creditori (1).

CAPITOLO PRIMO

Nozioni preliminari.

§. 773. I. *Nozione del concorso fra' creditori.*

Avviene spesso che più creditori hanno a un tempo il diritto d' azionare lo stesso debitore, ma ciò isolatamente preso non costituisce concorso; perchè, se i beni del debitore sono sufficienti al pagamento di tutti i creditori, la domanda di ciascuno di essi vien considerata come un processo a parte e totalmente indipendente. Il concorso in realtà non esiste che allorquando più creditori esigono, ad un tempo, il pagamento del lor credito contro un debitore i di cui beni non sono abbastanza. A norma dei generali principj del diritto, ciascun creditore andrebbe soggetto, in tal caso, a perdere una parte del suo credito, e i beni del debitore dovrebbero repartirsi *pro rata* fra tutti i creditori. Ma il diritto positivo si allontana da questa regola generale e riconosce certi crediti come privilegiati di fronte agli altri; ciascun creditore si sforza dunque d'esser pagato in preferenza agli altri su i beni del debitore. In tal caso, il giudice toglie al debitore, in pro dei creditori, la disposizione dei suoi beni, e s'apre una procedura giudiciaria, in cui ogni creditore cerca o di far valere il suo credito contro il debitore, o di ottener prelazione sugli altri creditori.

§. 774. II. *Della procedura delle XII Tavole* (2).

Anticamente, presso i romani, quando qualcuno prendeva in prestito del danaro, o voleva estinguere un imprestito, si dava mancipio al creditore, colla sua famiglia e beni, e diveniva *nexus* o *nexu vinctus* (3). Ma questa operazione aveva luogo sempre *sub fiducia*, imperocchè egli ritornava *nexu solutus*, nel caso in cui egli stesso od altri pagasse per lui. Se non si liberava nello spazio di tempo stabilito, il creditore lo faceva suo unitamente a tutti i suoi beni, come conseguenza del diritto acquistato pel mancipio, e il debitore gli veniva coi suoi beni aggiudicato. D'altra parte, se alcuno aveva contratto un debito senza essersi dato in *nexum* al suo creditore, veniva azionato nel modo ordinario; in tal caso, aveva uno spazio di trenta giorni per dimettere il suo debito, dopo la di lui confessione giudiciale o dopo la con-

(1) Dig. XLII, 3-8. - Cod. VIII, 71-75.

(2) Aulo Gellio XX, 1. - Niebuhr, *Rœmische Geschichte*, ovvero *Istoria Romana*. T. I, seconda ed. p. 595, e seg.; terza edizione, p. 632, e seg. - Zimmern R. G., t. III, §. 45, 46.

(3) Bœcking, *De causis mancipii*, Berol. 1826, pag. 82, seg. - H. A. Zaccaria, *Comm. de fiducia*, Gothæ, 1830, p. 11-18.

danna (*in jure confessus, judicatus*). In caso di non pagamento, egli era del pari aggiudicato al creditore (*addictus*, in senso stretto e in contrapposto a quegli che era aggiudicato al creditore in seguito di un precedente *nexus*), e allora il creditore non poteva valersi che della sua persona, non già dei suoi beni. Il debitore aggiudicato (*addictus*) al suo creditore in un modo o nell'altro, poteva venire imprigionato. Dal momento dell'aggiudicazione, il debitore godeva lo spazio di giorni 60 per pagare il suo debito; durante questo spazio, l'ammontare del debito si pubblicava *tribus nundinis*, e se non pagava ancora, era colpito della *capitis pœna*, vale a dire che perdeva ogni sua civile capacità e il creditore aveva diritto d'ucciderlo o di venderlo come schiavo in paese straniero (*trans Tiberim*). Nel caso in cui fosse stato aggiudicato a più creditori, le XII Tavole ordinavano: *tertiis nundinis partes secanto si plus minusve secuerunt, se (sine) fraude esto* (1).

§. 775. III. *Secondo la legge* Petillia Papiria *o la legge* Julia de cessione bonorum.

La legge *Petillia Papiria* (a. u. 428) abolì questo vincolo della persona (*nexus*), ma solo per l'imprestito di denaro e non per gli altri casi, specialmente per un debito risultante da delitto; fu conservato il mancipio dei beni in sicurezza del creditore, non meno che l'aggiudicazione del debitore e le conseguenze che traeva seco (2). Sotto Giulio Cesare o sotto Augusto, fu introdotto, in favore del debitore indigente, il benefizio della cessione dei beni (*beneficium cessionis bonorum*), pel quale il debitore che volontariamente cedeva tutti i suoi beni ai creditori, veniva liberato dall'apprensione della persona (3). I creditori però, in certi casi, potevano chiedere l'immissione in possesso nei beni del debitore (*missio in bona debitoris*).

§. 776. IV. *Sotto gl' imperatori.*

Sotto gl' imperatori, la procedura romana in materia di concorso trovavasi nello stato che appresso:

1. Quando un debitore si teneva nascosto *fraudationis causa*, quando era assente e non avea difensore (*defensor*), quando faceva la cessione dei suoi beni secondo la legge *Julia*, quando la di lui condanna al pagamento era passata in cosa giudicata, e non pagava nel tempo stabilito, o nessun erede si presentava a ricevere la eredità del debitore morto, in tutti questi casi, il creditore o creditori potevano chiedere al pretore l'immissione nei beni del debitore e farsi autorizzare a venderli per esser pagati (4). I beni del debitore erano allora posti in vendita (*proscriptio bonorum*) durante trenta giorni, se vivo, quindici, se morto, ed essendo più i creditori, erano essi in obbligo di scegliere un *magister bonorum vendendorum* incaricato, nella vendita, di

(1) Aulo Gellio XX, 1. - Quintiliano, *Ist. orat.* III, 6, 84. - Cassio Dione in Majo Cod. Vaticano, p. 217. - Alcuni autori intendono per queste parole « *partes secanto* » una proporzionata divisione fra i creditori del prezzo della vendita del debitore. Vedi Hugo, *Hist.* decima ed. pag. 310, e Gibbon, cap. 44, nota 178. - Altri pretendono che si trattava di una vera partizione del debitore stesso. Vedi Bynkersoek, *Obs. jur. rom.* lib. 1, cap. 1, nelle sue *Opp.* tom. I, p. 9. - Niebuhr, tom. I, prima ed. p. 310; seconda ed. p. 668, e seg. - Hugo, undecima ed. pag. 352, e altre.

(2) Tito Livio VIII, 28. - Cicerone, *De repub.* II, 33, 34. - Zimmern, *Hist. du droit*, t. III, §. 47, nota 2.

(3) Gajo, III, 78. - Cost. 1, 4, C. VIII, 71.

(4) Questo invio, che domandava un creditore, giovava ugualmente agli altri. - fr. 12, pr. D. XLII, 4. - Cost. 10, C. VII, 72.

proteggere i loro interessi e aggiudicare i beni al maggiore offerente (*addictio bonorum*) (1).

2. In principio, i beni erano venduti in massa (*per universitatem*), cioè a dire che tutto il patrimonio (l'attivo e il passivo) s'aggiudicava a chi offriva il maggior prezzo per cento (2). Questa vendita dei beni del debitore (*venditio bonorum debitoris obærati*) è da molti confusa colla *sectio bonorum* di cui i fonti del diritto fanno spesso menzione; ma per *sectio bonorum* non intendesi che la vendita di un patrimonio confiscato dallo Stato (3). Il compratore dei beni diveniva successore universale del debitore; egli acquistava tutti i diritti e tutti i crediti, ed era tenuto ai debiti fino a concorrenza della somma per la quale gli erano stati aggiudicati i beni. L'ingresso del nuovo debitore in luogo e vece del precedente produceva l'effetto d'annientare completamente ogni rimanente credito, e di liberare interamente e per sempre, il primo debitore da ogni debito precedente.

3. In appresso, questa vendita per l'antico diritto di tutti i beni del debitore non fu più in uso (4), e si permise ai creditori di procedere separatamente alla vendita dei beni, dopo avere ottenuto l'immissione. Essi sceglievano a tal effetto un curatore ai beni (*curator bonorum*), che gli amministrava e realizzava nell'interesse dei creditori, e che doveva soddisfare col ricavato della vendita. Queste nuove disposizioni fecero cadere del pari l'antica *successio per universitatem in bona debitoris*, e nè conseguiva che il debitore non era liberato dai suoi debiti, poichè niuno veniva collocato in sua vece. Infatti, acquistando egli nuovamente dei beni, poteva venire azionato dai creditori non pagati per intero, e fin a tal momento non poteva concedersi contro lui alcuna apprensione di persona.

4. Ma era facile al debitore d'evitare in parte queste conseguenze pregiudicevoli della sua insolvibilità, prevenendo l'immissione nei suoi beni, e giovandosi del benefizio della cessione *ex lege Julia*. Egli è vero che un tal mezzo non lo liberava di fronte ai creditori non pagati per intero su i beni ceduti, ma glie ne veniva però un doppio vantaggio. Primieramente si poneva al coperto da qualunque apprensione di corpo; secondariamente, non poteva esser più immediatamente perseguitato dai creditori non soddisfatti per intero; questi non potevano azionarlo che allor quando aveva acquistato di nuovo qualche cosa; godeva per ultimo del *beneficium competentiæ* quanto ai beni che aveva acquistato in appresso (5).

Finchè fu in uso la vendita dei beni per universalità, non poteva insorger questione di preferenza d' un creditore di fronte all'altro; perchè la vendita estingueva i debiti anteriori, non menochè i diritti di pegno e d'ipoteca, e i privilegj; il compratore dei beni, subentrato all' antico debitore, era in obbligo di pagare a ciascun creditore, il tanto per cento da lui promesso. Ma quando questa vendita fu abolita, e rimpiazzata dalla vendita dei beni isolati, per mezzo di un curatore ai beni, cangiò tutto il sistema. Il debitore primitivo era e rimaneva debitore, e in conseguenza furono conservati gli antichi crediti, i diritti di pegno e d'ipoteca, non che i privilegj. Da tal momento, non poteva più esservi disputa tanto per l'immissione

(1) Gajo, III, 77-79. - Dig. XLII, 4, 5. - Cod. VIII, 72.

(2) Gajo, IV, 35. - Teof. sopra le Ist. III, 13.

(3) Gajo, IV, 146. - Varrone, *De re R.* II, 10. - Asconio, *Ad Cic. Verr.* I, 20, 23.

(4) Pr. J. III, 13, e Teof. sopra questo passo.

(5) Dig. XLII, 3. - Cod. VII, 71. - Holzio, *Essai sur le beneficium competentiæ*; nella *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*. Liegi, 1826, 1827, t. I, p. 390.

nei beni, quanto pei creditori chirografarj. I creditori pignoratarj e ipotecarj non ne avevano bisogno comecchè la natura del lor credito dasse loro il diritto di vendere la cosa o i beni oppignorati o ipotecati, in caso d'insolvibilità del debitore, e di perseguitare coll'azione ipotecaria, il pegno o l'ipoteca di fronte a qualunque possessore. Per l'istesso motivo, la cessione dei beni fatta dal debitore non poteva divenir loro pregiudicevole; erano dunque divisi sempre dagli altri creditori (1). I creditori pignoratarj e ipotecarj si pagavano dunque sempre, prima su i beni che formavano oggetto del pegno o dell'ipoteca, e i beni che restavano dopo il lor pagamento, potevano per gli altri creditori, divenire oggetto di cessione e d'immissione nei beni. Fra questi ultimi, quegli che erano garantiti dal *privilegium exigendi* avevano preferenza sugli altri creditori chirografarj, e il rimanente dei beni, dopo il lor pagamento, si dividevano *pro rata* fra gli altri creditori (2).

§. 777. IV. *Mezzi di evitare il concorso.*

Vi sono molti mezzi per evitare l'apertura reale d'un concorso e per allontanare le conseguenze pregiudicevoli ch'essa reca alla persona e ai beni del debitore. Si annovera fra questi mezzi:

1. L'intervento del terzo che paga o dà cauzione pel debitore; nel caso della cauzione però, si vuole naturalmente il consenso dei creditori (3).

2. La dilazione o il *moratorium* (4). Ciò significa un privilegio accordato dal principe al debitore, che lo mette al coperto, per un certo tempo, da qualunque esecuzione per debiti. Il principe solo, e non il giudice, può accordarla. Per poterla ottenere, deve il debitore provare d'esser divenuto decotto senza sua colpa, che ha speranza fondata di riparare alle sue perdite e che la dilazione lo preserva da una rovina totale. Ordinariamente la dilazione si accorda per cinque anni, e per tal ragione, è detta *literæ s. induciæ quinquennales*. Ma non libera il debitore che della esecuzione, e non già dall'introduzione dell'azione; il debitore è in obbligo di rispondere all'azione intentata contro di lui, ma la esecuzione resta sospesa fin al termine della dilazione.

3. Lo spazio accordato dagli stessi creditori. Esso è *volontario* quando vi è il consenso di tutti i creditori; è *coatto* quando non è accordato che dai più: si basa il secondo sur una disposizione di Giustiniano (5). A norma di tale disposizione, i creditori sono in libertà d'accettare immediatamente la cessione dei beni o di accordare uno spazio al loro debitore, e allor quando la maggiorità dei creditori l'accorda, la minorità deve sottostarvi. La maggiorità non si determina dal numero degl'individui, ma dall'ammontare dei crediti, di guisa che se un creditore concorre per una somma maggiore, che non è quella di tutti gli altri uniti insieme, egli solo, la vince su tutti gli altri. Essendo divise le opinioni dei creditori e le somme da esigersi eguali, prevale la opinione favorevole ad accordare lo spazio (*humanior sententia*). Poco importa la qualifica di creditori; i chirografarj possono vincerla sugl'ipotecarj. D'altronde un tale spazio necessario, presuppone che il debitore, non sia colpevole della sua insolvibilità, e che ciò sia provato; perchè, fintanto che ciascun creditore può esser completamente pagato per l'alienazione dei beni del debitore, niun creditore può

(1) Fr. 58, §. 1, D. XVII, 1. - fr. 10, pr. D. II, 14. - Cost. 10, pr. C. VII, 72.

(2) Fr. 32, D. XLII, 5. - Cost. 6, C. VII, 72.

(3) Pr. J. III, 30. - fr. 23, 40, 53, D. XLVI, 3.

(4) Cost. 4, C. I, 19.

(5) Cost. 8, C. VII, 71.

essere obbligato ad accordar questo spazio, dopo l'apertura del concorso, la parte minore dei creditori non può costringersi a prestare il suo consenso.

4. Il concordato, quando i creditori dichiarano di perdere una parte del lor credito e contentarsi di un tanto per cento. Il concordato è del pari *volontario* quando tutti i creditori vi consentono, o *coatto* quando non conta che la maggioranza dei voti. Ma il concordato coatto, non è ammesso, per diritto romano, che allor quando è chiesto dall' erede di una eredità insolvibile, e prima dell'adizione, agli eredi del debitore defunto. In questo caso soltanto, la minorità dei creditori, può venir costretta ad accettare il concordato fatto dalla maggiorità (1).

CAPITOLO SECONDO

Dell' apertura del concorso.

§. 778. I. *Della causa dell' apertura del concorso.*

L'apertura del concorso presuppone la insolvibilità del debitore e la domanda del pagamento fatta in giudizio da più creditori. La causa dell'apertura del concorso può risiedere:

A. Nella proposizione del creditore che vuol profittare della cessione dei beni (2). Questo benefizio consiste nel cedere che fa il debitore ai suoi creditori della totalità dei suoi beni presenti, all'oggetto che finchè sia possibile rimangano pagati. Questa cessione non abbisogna dell' accettazione dei creditori (3), e può invocarla anche colui che non ha cosa alcuna da cedere. La Novella 135, cap. 1, ordina di più che allor quando un debitore afferma con giuramento, ch' egli non possiede beni per soddisfare i suoi creditori, non può aprirsi concorso contro di lui; lo che oggi dicesi *beneficium ejurationis bonorum*. — Qualunque creditore, padre o figlio di famiglia può invocare questo benefizio; poichè al figlio di famiglia gli compete riguardo ai suoi peculj (4). Ma è sempre necessario che il debitore sia divenuto insolvibile senza colpa, e per disgrazia; il mendace, il bancarottiere di malafede e il dissipatore non possono invocare questo benefizio della legge (5).

Gli effetti della cessione dei beni sono i seguenti:

1. I beni ceduti appartengono ai creditori i quali possono venderli per pagarsi, ma fino al momento della vendita, il debitore è in diritto di ritornare sulla cessione pagando i creditori, o difendendosi (6).

2. Il debitore che cede i suoi beni conserva l'onore intatto e si libera da qualunque violenza sulla persona (7).

3. Rimane, però, obbligato di fronte ai creditori in quanto non hanno trovato pagamento su i beni ceduti, ma non può essere azionato da quelli che

---

(1) Fr. 7, §. 17-19; fr. 8, 9, 10, D. II, 14. - fr. 58, §. 1, D. XVII, 1.

(2) Dig. XLII, 3, Cod. VII, 71.

(3) Fr. 9, D. XLII, 3. - Cost. 6, C. VII, 71.

(4) Cost. 7, C. VII, 71.

(5) Fr. 22, §. 1; fr. 51, D. XLII, 1. - Cpr. fr. 63, §. 7, D. XVII, 2. - fr. 37, §. 1, D. IV, 4.

(6) Fr. 3, 5, D. XLII, 3. - Cost. 2, 4, C. VII, 71.

(7) Cost. 1, C. VIII, 71. - Cost. 11, C. II, 12.

non sono stati per intero pagati, se non quando ha nuovamente acquistato qualche cosa (*modicum quid*) e anche in tal caso, la legge gli accorda il *beneficium competentiæ* (1). Egli può opporre questo benefizio, quanto ai beni nuovamente acquistati, a tutti i creditori, aventi questa qualità al momento della cessione, nel caso in cui egli non avesse ceduto i suoi beni che a qualcuno dei suoi creditori da lui conosciuti o presenti (2).

B. La causa dell'apertura del concorso può risiedere nella domanda dei creditori, allor quando il lor numero e lor crediti siano tali da render probabile che i beni del debitore non bastino, e che questi non voglia farne cessione. In tal caso, il concorso viene ordinato dal giudice e produce l'effetto d'immettere nei beni del debitore (*missio creditorum in bona debitoris*).

C. Finalmente il giudice può d'uffizio ordinare l'apertura del concorso, esistendo un motivo particolare; per esempio, quando il debitore chiede di cedere i suoi beni giudicialmente, o quando è fuggito, o quando una eredità vacante è perseguitata da tanto numero di creditori, che apparisce manifesto essere essa insufficiente a pagarli tutti.

§. 779. II. *Dell'alienazione fatta in frode dei creditori.*

Per diritto romano, il debitore comunque insolvibile, conservava la facoltà di disporre dei suoi beni prima della cessione o innanzi l'immissione dei creditori; e anche quando l'alienava in loro pregiudizio, queste alienazioni erano valide in rigore di diritto civile e i creditori non potevano insorgervi contro. Per ciò il pretore stabilì il seguente principio: quando un debitore era di già insolvibile, o tale diveniva per l'alienazione che si proponeva di fare, alienava i suoi beni coll'intenzione fraudolenta di nuocere ai suoi creditori, essi, o il curatore ai beni, poteva, in nome loro, chiedere la rescissione di questa alienazione, e ripetere i beni alienati, o esigere la indennità dal compratore (3). L'azione che a tal oggetto lor competeva si appella, dal nome del pretore che la introdusse, *azione Pauliana* (*actio Paulliana*) e appartiene alle azioni in restituzione del diritto pretorio (4).

Per potersi intentare, quest'azione è soggetta alle seguenti condizioni:

1. L'alienazione deve esser fatta innanzi la cessione o l'immissione dei dei creditori nei beni del debitore, perchè diversamente è nulla di pieno diritto.

2. L'alienazione dev'esser di natura da diminuire i beni che il debitore ha di già acquistati. Quindi, rifiutando egli semplicemente un guadagno che avrebbe potuto fare, quest'azione non può accordarsi (5).

3. L'alienazione deve esser fatta coll'intenzione fraudolenta di nuocere ai suoi creditori (*fraudationis causa*). Bisogna in generale ammettere la frode e il dolo del debitore quando, conoscendo la sua insolvibilità, dà luogo scientemente e con deliberazione a una alienazione col fine di nuocere ai suoi creditori; nullameno, perchè l'azione sia fondata, la coscienza della frode (*conscientia fraudis*) deve esistere per parte di colui col quale il debitore ha contrattato, se l'alienazione è *onerosa*; quando, al contra-

---

(1) §. 40, J. IV, 6. - fr. 4, 6, 7, D. XLII, 3.

(2) Fr. 4, §. 1, ivi.

(3) Dig. XLII, 8. - §. 6, J. IV, 6. - Cod. VII, 75.

(4) Non si riscontra l'azione che una sola volta sotto questo nome, al fr. 38, 4, D. XXII, 1, e presso Teofilo sopra il §. 6, J. IV, 6. - Altronde si chiama semplicemente *actio in factum*. Dig. XLII, 8.

(5) Fr. 6, pr. §. 1-5, D. XLII, 8. - Cost. 2, 3, C. VII, 75. - Arg. fr. 28, pr. D. L, 16. Solo il fisco può intentarla in questo caso, ma solamente a suo vantaggio, fr. 45, pr. D. XLIX, 14.

rio, è *lucrativa*, vale a dire quando è una pura donazione, è indifferente che il compratore sia complice della frode (1). L'azione Pauliana non è applicabile, allor quando l' alienazione consiste nel pagamento che il debitore, comunque insolvibile, fa innanzi l' apertura del concorso, a uno dei creditori d' un debito esigibile (2), e anche quando altri creditori lo superassero nel grado. Ma l' azione Pauliana può intentarsi quando il debitore paga, con intenzione fraudolenta prima degli altri creditori, un debito non liquido o non per anco esigibile, o condizionale, innanzi che si verifichi la condizione; o quando, con intenzione di fraudare gli altri creditori, accada a uno di essi che ha scienza di questa frode, un diritto di pegno o d' ipoteca (3).

§. 780. III. Actio Paulliana *e* Interdictum fraudatorium.

In tutti i casi in cui l'azione Pauliana è basata sopra un' alienazione fatta in frode dei creditori, essa può intentarsi:

1. Da coloro, fra i creditori, che sono stati lesi da quest'atto, non meno che dal curatore ai beni, in nome loro (4); ma non compete al debitore (5).

2. Essa non può, generalmente, intentarsi che contro la persona colla quale il debitore ha contrattato e, nel caso in cui la donazione sia una pura alienazione, senza distinguere se questa persona era di buona o mala fede; ma nel caso d' una alienazione onerosa, solo quando il compratore era in mala fede (6). Non può dirigersi contro il terzo possessore della cosa alienata, che nel caso in cui fosse di mala fede acquistando la cosa (7).

3. L'alienazione Pauliana mira alla nullità dell'atto, e a far restituire la cosa con tutti i suoi accessorj. Il convenuto di mala fede è tenuto di tutti i frutti, anche di quelli che avrebbe potuto percipere, e non potendo restituire la cosa coi frutti, deve rendere *omne quod interest* (8). Il convenuto di buona fede, al contrario, deve parimente restituire la cosa, se tuttora la possiede, coi frutti pendenti al momento dell'acquisto e quelli percetti dopo la domanda avanzata contro di lui; diversamente non è tenuto che in quanto si è locupletato (9).

4. La durata dell'azione, per diritto romano, è d'un anno utile (10). Decorso questo tempo, non può intentarsi contro il convenuto che in quantò si è locupletato pel dolo del debitore (11).

5. Ove i creditori trovino fondamento nell'invocare l'azione Pauliana hanno di più l'*interdictum fraudatorium*, che mira a farli entrare in possesso della cosa alienata; quest' interdetto compete loro contro chi ha ricevuto la cosa del debitore (12).

---

(1) Fr. 1, pr. §. 2; fr. 6, §. 8, 11; fr. 17, §. 1, D. XLII, 8. - Cost. 5, C. VII, 75.

(2) Fr. 6, §. 6, 7; fr. 10, §. 16; fr. 24, D. XLII, 8. - fr. 15, D. XV, 1. - Questo principio non si estende alla *datio in solutum*, la quale non è altro in realtà, che una alienazione d'una cosa fatta affine di soddisfare il creditore, e basata sopra un accordo particolare, fr. 4, §. 31, D. XLIV, 1. - fr. 24, pr. D. XIII, 7. - Cost. 4, C. VIII, 45. - Cost. 9, C. IV, 44. - Cpr. col fr. 2, §. 1, D. XII, 1. - Cost. 16, C. VIII, 43.

(3) Fr. 6, §. 6; fr. 22, D. XLII, 8.

(4) Fr. 1, pr. D. XLII, 8.

(5) Per la regola generale stabilita al fr. 17, D. XXI, 2. - Cost. 11, C. VIII, 45.

(6) Fr. 1, pr. §. 2; fr. 6, §. 8, 11; fr. 17, §. 1, D. XLII, 8. - Cost. 5, C. VII, 75.

(7) Fr. 9, D. XLII, 8. - Il fisco solo può egualmente intentarla contro i terzi possessori di buona fede senza distinguere se egli ha acquistato la cosa a titolo lucrativo, o a titolo oneroso, fr. 45, pr. D. XLIX, 14.

(8) Fr. 10, §. 19-22, D. XLII, 8.

(9) Fr. 6, §. 11; fr. 25, §. 4, D. ivi.

(10) Fr. 1, pr.; fr. 6, §. 14, D. ivi.

(11) Fr. 10, §. 24, D. ivi.

(12) Fr. 67, §. 1, D. XXXVI, 1. - fr. 96, pr. D. XLVI, 3.

CAPITOLO TERZO

Effetti dell' apertura del concorso.

§. 781. I. *Quanto al debitore.*

L' apertura del concorso priva il debitore della facoltà di disporre liberamente dei suoi beni, di guisa che *qualunque* alienazione ch' egli faccia, da tal momento, è nulla e può essere attaccata coll'azione di nullità dai creditori, o dal curatore ai beni, contro il compratore delle cose alienate e anche contro il terzo possessore a buona fede (1). Quest'azione, che conserva interamente la natura della *rei vindicatio*, e della *conditio sine causa* reca ai creditori maggior vantaggio dell'azione Pauliana; infatti:

1. Poco monta che il debitore abbia avuto in animo di fraudare i creditori.

2. Non è necessario che il primo o secondo acquirente della cosa sia stato in mala fede.

3. La sua durata è di anni trenta a contare dal momento dell' alienazione; ma come l'azione Pauliana non è accordata a causa di un lucro che il debitore ha ricusato di fare, perchè questo non può in generale considerarsi come una alienazione (2).

§. 782. II. *Quanto ai creditori.*

L' apertura del concorso fa passare tutti i beni presenti e attivi del debitore nelle mani dei creditori, in quanto egli ne gode la libera disponibilità, per alienarli e pagarsi dei crediti secondo le disposizioni della legge e colla autorizzazione del giudice. Ne consegue:

1. Che i creditori i quali entrano nei beni del debitore non possono considerarsi come successori universali, ma solo come successori singolari, perch' essi non succedono che nella totalità dei beni attivi e non nei debiti del debitore.

2. Ch' essi acquistano, succedendo ai diritti attivi del lor debitore, il diritto di ricuperare, tanto coll' azione reale che personale, tutte le cose che gli appartengono e che si trovano nelle mani d' altri, e in specie i crediti che egli può pretendere.

3. Ma che i diritti attivi del debitore passino nei creditori tali quali egli stesso gli aveva, e che i creditori non possono per conseguenza aver su i terzi diritto maggiore di quello ch' egli vantava. Ne resulta:

a) Che quegli il quale, innanzi l'apertura del concorso, godeva di un diritto di retenzione sulla cosa del debitore, può far valere questo diritto dopo l'apertura del concorso, contro i creditori, finchè da questi non sia stato pagato (3), a menochè i creditori non abbiano il diritto d'esigere ch' egli restituisca la cosa, col mezzo dell' azione ipotecaria; ma anche in tal caso, sono essi in obbligo di rimborsargli le spese necessarie ed utili che egli ha fatte sulla cosa (4).

---

(1) Il pagamento fatto dal debitore ad un creditore è egualmente nullo, e questo deve restituirli ciò che ha ricevuto, fr. 5, §. 7, D. XLII, 8.

(2) Fr. 28, pr. D. L, 16.

(3) Fr. 13, §. 8, D. XIX, 1. - fr. 22, D. XVIII, 4.

(4) Fr. 29, §. 2, D. XX, 1. - fr. 44, §. 1, D. XXXIX, 2.

b) Che il creditore pignoratario il quale è in obbligo di denunziare il suo credito all'apertura del concorso, non è in obbligo di recare alla massa la cosa, objetto del suo pegno che trovasi in suo possesso, ove non sia immediatamente pagato (1), a menochè altri creditori non vantino sulla cosa un diritto di pegno o d'ipoteca preferibile al suo; per esempio, quando uno o più creditori hanno un'ipoteca anteriore e privilegiata sulla totalità dei beni del debitore (2).

c) Che il debitore del debitore comune, che poteva *innanzi* l'apertura del concorso opporre una compensazione, può del pari far valere il suo diritto contro i creditori dopo l'apertura del concorso.

I beni del debitore passano, dopo l'apertura del concorso, nelle mani dei creditori e formano per tutti un oggetto comune su cui essi debbono esser pagati. Sotto questo rapporto, ha luogo fra i creditori una fortuita comunione (*communio incidens*). Ne consegue:

1. Ch'essi deliberano e prendono in comune delle risoluzioni sulle misure da adottarsi quanto ai beni; con tutto ciò, la maggioranza dei voti basta per prendere una risoluzione, che, in tal caso, deve esser giudicialmente confermata (3).

2. Che, da questo momento, nessuno dei creditori può solo farsi pagare su i beni del debitore, ma deve cercare ciascuno d'essi e aspettare dal concorso il suo pagamento. Ciascun creditore adunque, deve consegnare alla massa comune ciò che potrebbe aver ricevuto dai beni del debitore, dopo l'apertura del concorso (4).

CAPITOLO QUARTO

Della Massa.

§. 783. *Dell'amministrazione della massa.*

Dacchè il concorso è aperto, tutti i beni presenti e attivi del debitore debbono esser riuniti, sotto la vigilanza e condotta del giudice, per la formazione e determinazione della massa, e debbono venire amministrati.

1. La massa comprende tutto ciò che appartiene ai beni disponibili del debitore al momento dell'apertura del concorso, e quanto può contribuire al pagamento dei creditori; tutti i frutti dei beni acquistati dal debitore, e infine tutto ciò ch'egli acquista durante il concorso. Il creditore però che si è valso della cessione dei beni, profitta del *beneficium competentiæ* quanto ai beni nuovamente acquistati dopo l'apertura del concorso o anche durante il concorso.

2. Sono esclusi dalla massa:

a) Tutte le eredità, i legati e le donazioni semplicemente deferite al debitore innanzi l'apertura del concorso, ma non per anco da lui acquistate (5).

b) Il vestiario giornaliero del de-

---

(1) Fr. 6, pr. D. XIII, 7. - fr. 15, §. 5, D. XLII, 1, e Arg. Cost. 15, C. III, 32.

(2) Fr. 15, §. 1, D. XX, 1. - fr. 12, pr. §. 10, D. XX, 4. - Cost. 6, C. VIII, 18. - Cost. 9, C. VIII, 17.

(3) Fr. 8, §. 4; fr. 15, pr. D. XLII, 5. - fr. 2, pr. D. XLII, 7. - fr. 7, §. 19; fr. 8; fr. 9, pr. D. II, 14.

(4) Fr. 6, §. 6, 7; fr. 10, §. 16, D. XLII, 8.

(5) Fr. 6, pr. §. 1-4, D. XLII, 8. - Cost. 2, 3, C. VII, 75. - Cpr. fr. 7, §. 17, D. II, 14.

bitore e quello della sua famiglia, egualmente che i mobili necessarj ai suoi bisogni (1).

c) I distintivi onorifici del debitore (2).

d) La dote della moglie del debitore, avendo essa il diritto di ripetere la dote anche durante il matrimonio, quando il marito verge all'inopia, e di rivendicare i beni dotali esistenti (3).

e) Le cose tutte non appartenenti al debitore, per quanto si trovino in suo possesso; per esempio le cose a lui imprestate o presso lui depositate, e in specie i peculj dei figli in quanto alla proprietà che loro appartiene; perchè il peculio profettizio del figlio va alla massa, come proprietà del padre.

La massa è amministrata da un curatore particolare che rimpiazza le funzioni di lei sotto la vigilanza del giudice: dicesi *curatore ai beni* (4), ed amministra nel modo che appresso:

1. Vien nominato dai creditori a pluralità di voti e confermato dal giudice; in caso di controversia fra creditori, il giudice lo nomina direttamente (5).

2. Chiunque può generalmente esser curatore e possiede una sufficiente cognizione dell' affare, è capace di divenir curatore della massa; non è necessaria alcuna cognizione di diritto. Uno fra' creditori può divenir curatore (6); il debitore non mai.

3. Il curatore presta giuramento ed è in obbligo di dar cauzione sia per mallevadore, sia per pegno od ipoteca (7).

4. I doveri del curatore ai beni sono generalmente gli stessi che quelli di qualunque amministratore, ed è tenuto in specie:

a) A procedere a un inventario esatto.

b) D'amministrare i beni nel modo il più vantaggioso, e deve per ciò, confermarsi ai consigli e al consentimento dei creditori.

c) Di fare al giudice le necessarie avvertenze relative agli oggetti appartenenti alla massa.

d) Di cercare di completar la massa; di ripetere a tal uopo le cose del debitore esistenti nelle mani degli stranieri, e di rivendicare i crediti.

e) Di perseguitare coll'azione Pauliana o di nullità, le alienazioni fatte dal debitore in frode dei diritti dei creditori.

f) Finalmente, di render conto della sua amministrazione, e sotto questo rapporto, egli è responsabile del dolo, della colpa e della *diligentia quam in suis rebus*.

CAPITOLO QUINTO

Dei creditori ammessi al concorso.

§. 784. *Nozione.*

I creditori ammessi al concorso sono in generale tutti coloro che per un motivo qualunque, hanno dei diritti esperibili sulla massa. In senso più stretto, sono i creditori che hanno delle pretese personali da far valere

(1) Arg. fr. 6, 8, D. XX, 1.
(2) Fr. 29, D. XLII, 5.
(3) Cost. 29, 30, C. V, 12.
(4) Dig. XLII, 7.
(5) Fr. 8, §. 4; fr. 15, pr. D. XLII, 5. - fr. 2, pr. D. XLII, 7.
(6) Fr. 2, §. 4, D. XLII, 7.
(7) Perchè la massa non ha ipoteca contro di lui sopra i suoi beni, nè *privilegium exigendi*, fr. 22, §. 1, D. XLII, 5.

contro il debitore comune e che reclamano l'anteriorità gli uni sugli altri. Questi ultimi sono tenuti soltanto a concorrere e aspettare il lor pagamento a norma delle disposizioni della legge. Bisogna distinguere i creditori ammessi al concorso, in senso stretto, dai creditori rivendicanti, dai separatisti, e dai creditori della massa.

§. 785. I. *Creditori rivendicanti.*

Diconsi in generale creditori rivendicanti (o separatisti *ex jure dominii*), tutti coloro che possono perseguitare, col mezzo d' un' azione reale, la lor proprietà, o un *jus in re* su cose comprese nella massa. Essi hanno il diritto d'esigere che la cosa sia tolta dalla massa, non sono tenuti a prender parte al concorso, e vengono preferiti a tutti i creditori, anche privilegiati, quanto alla cosa che perseguitano. Ciò è basato sul principio che i soli oggetti che realmente appartengono ai beni del debitore e in quanto vi appartengono, sono sottoposti a far parte della massa (1). Sono fra i creditori rivendicanti:

A. Coloro che possono perseguitare, coll'azione in rivendicazione, la *proprietà* delle cose individue che fanno parte della massa. Per esempio:

1. Quando il debitore ha acquistato la cosa di colui che non era vero proprietario, o quando l' ha tolta al vero proprietario, o quando fu da questi semplicemente imprestata o data in deposito.

2. Quando il debitore ha, in vero, comprata la cosa dal vero proprietario, il qual glie n' ha fatto la tradizione, ma senza trasferirgliene la proprietà, perchè non ha ricevuto nè il credito nè il prezzo di compra (2).

3. Quando la cosa è stata data a credito, ma il venditore se n'è espressamente riservato la proprietà fino al pagamento; diversamente procede quando causa del credito è stato il dolo del debitore e per conseguenza della traslazione della proprietà (3).

4. La donna maritata ha diritto di rivendicare dalla massa i suoi beni dotali e parafernali esistenti per anco in natura (4).

5. Finalmente, danno questo diritto a tutte le persone che hanno il privilegio di perseguitare, coll' azione utile reivindicatoria, e come lor proprietà, le cose comprate da un altro col lor proprio danaro, quando non possono essere pagate in altra guisa. Appartengono a questa specie i pupilli, quanto alle cose comprate dal lor tutore, con danaro loro (5); le chiese e gli stabilimenti pii, i rappresentanti e amministratori dei quali hanno comprato degli oggetti per sè coi fondi della Chiesa (6); finalmente, i militari quanto alle cose che un terzo ha comprate ad essi col lor peculio castrense (7).

B. L'erede che avendo adito l'eredità, può, per la petizione di lei, far valere il suo diritto di successione contro il debitore, possessore *pro herede* o *pro possessore*, può intentare del pari quest'azione contro i creditori che concorrono, e rivendicare la eredità dalla massa in cui è compresa.

C. Quegli che ha sulle cose del debitore una servitù, un enfiteusi o un diritto di superficie. Egli può perseguitare il suo diritto contro chiunque, coll'azione confessoria o con un'azione reale utile, in conseguenza anche contro i creditori ammessi al concorso.

D. Quegli che ha sulla cosa compresa nella massa un diritto d'ipoteca

---

(1) Cost. 3, C. VII, 71. - Cost. 1, C. VII, 73.

(2) §. 41, J. II, 1. - fr. 19, 53, D. XVIII, 1. - fr. 11, §. 2, D. XIX, 1.

(3) Cost. 10, C. IV, 44.

(4) Cost. 29, 30, C. V, 12.

(5) Fr. 2, D. XXVI, 9. - Cost. 2, C. V, 39. - Cost. 3, C. V, 51. - Cost. 6, C. VII, 8.

(6) Arg. cap. 1-3, X, 1, 41. - Clem. 2, *De relig. dom.* - Clem. un. *De in intergr. rest.*

(7) Cost. 8, C. III, 32.

che non gli è stato accordato dal debitore, ma dal proprietario anteriore della cosa, e innanzi ch' essa appartenesse al debitore (1); ma è necessario che al momento della traslazione della cosa fatta al debitore dal proprietario antecedente, il creditore ipotecario non sia divenuto, quanto a questa cosa, creditore personale del debitore, per novazione. Quindi, allorchè non vi è stata novazione, egli è in diritto di rivendicar dalla massa, coll'azione ipotecaria, la cosa che gli è stata ipotecata dal proprietario antecedente; egli non è in obbligo di concorrere, per la ragione che non è creditore del debitore comune.

§. 786. II. *Dei separatisti.*

Separatisti, nel senso stretto della parola (separatistes *ex jure crediti*), sono i creditori personali del debitore comune che, per una causa particolare, hanno il diritto di chiedere che una parte dei beni del debitore sia divisa dalla massa, e che il lor credito si aggiri su questa parte di beni, a esclusione di tutti gli altri creditori, quanto alla parte dei beni di cui dimandano la separazione.

Quelli che hanno diritto d' esigere la separazione sono:

A. I creditori e lagatarj d' un defunto di cui l' erede è debitore comune. Essi possono chiedere che i beni del defunto vengano separati da quelli dell' erede (divenuto debitore comune) e esclusivamente impiegati in lor pagamento (2).

1. Questo benefizio della separazione compete ai creditori della eredità, e se avanzano dei beni dopo il loro pagamento, i legatarj del defunto profittano del pari di questo benefizio della legge (3).

2. È soprattutto vantaggioso ai creditori chirografarj della eredità, perchè essi vincono anche coloro ai quali l' erede o il debitore comune ha concesso un diritto d' ipoteca su i beni della eredità (4).

3. I creditori sono obbligati a chiedere la separazione durante lo spazio di cinque anni dopo l' adizione della eredità (5).

4. Quando essi hanno chiesto e ottenuto la separazione, non possono, per regola, pretender più nulla su i beni proprj del debitore (6).

5. I creditori della eredità non possono più chiedere la separazione quando, in qualunque siasi modo, essi hanno riconosciuto come lor debitore l'erede che ha fatta l' adizione.

6. Il benefizio della separazione non compete che ai creditori della eredità e non a quelli dell' erede (7).

B. Quelli che hanno contrattato con un figlio di famiglia relativamente al suo peculio castrense, possono chiedere il pagamento del lor credito su questo peculio, in preferenza agli altri creditori che hanno contrattato prima ch' egli si dasse alla milizia, o che, per un motivo qualunque, posson sperimentare il lor diritto contro il padre del debitore (8).

C. Quando uno schiavo ha esercitato due sorta di commercio pel suo padrone, quelli che sono creditori in forza dell'uno o dell' altro genere di commercio, hanno il diritto di esigere, per l' *actio tributoria*, che le mercanzie siano riservate al loro esclusivo pagamento (9).

---

(1) Soprattutto per causa del fr. 54, D. L, 17. - Cost. 12, C. VIII, 28.
(2) Dig. XLII, 6.
(3) Fr. 6, D. XLII, 6.
(4) Fr. 1, §. 3, D. ivi.
(5) Fr. 1, §. 13, ivi.
(6) Fr. 1, §. 17; fr. 3, §. 1, 2; fr. 5, D. ivi.
(7) Fr. 1, §. 2, D. ivi. Fuori che quando il debitore comune ha accettato la successione per dolo, a loro pregiudizio, fr. 1, §. 5, 6, 8, D. ivi.
(8) Fr. 1, §. 9, D. ivi. - Cpr. fr. 7, D. XLIX, 17.
(9) Fr. 5, §. 15, 16, D. XIV, 4.

§. 787. III. *Dei creditori della massa.*

Creditori della massa son coloro che hanno dei diritti da far valere sulla massa stessa, dopo aver separato ciò che si dovea sia *ex jure dominii*, sia *ex jure debiti*. Ai creditori della massa appartengono tutti coloro il cui diritto proviene o da un onere o da un debito, come tale riconosciuto dalla massa.

§. 788. IV. *Dei creditori ammessi al concorso in senso stretto.*

I creditori che concorrono, in senso stretto, sono coloro che, assai prima dell' apertura del concorso, hanno delle pretese personali da esercitare contro il debitore comune e che, nel concorso istesso, gli uni si preferiscono agli altri, per esser pagati sulla massa.

A. Sono con tutto ciò esclusi dal concorso:

1. I creditori per intiero rigettati.
2. Le obbligazioni naturali, perchè tutti coloro che hanno a pretendere qualche cosa sulla massa si considerano come attori.
3. I crediti provenienti da semplici fatti, per esempio, da locazione d'opera (*ex locatione operarum*), perchè il concorso non comprende che i beni.
4. Le domande di alimenti e di dote dei figli del debitore, non che l' assegnamento della vedova, perchè questi crediti non possono sperimentarsi che contro un debitore opulento, mentre il debitore comune deve riguardarsi come povero dall' apertura del concorso.
5. Tutti i creditori che rinunziano per intero al lor credito, o che dichiarano di ritirarsi dalla massa attuale.
6. Tutti i debiti contratti dal debitore dopo l' apertura del concorso, perchè, da questo momento, egli non poteva più gravare la massa.

B. Tutti gli altri crediti qualunque essi siano profittano del concorso, poco interessando che si basino sulla esecuzione o rescissione d' un atto, e che il debitore comune sia debitore principale, o soltanto mallevadore.

CAPITOLO SESTO

Della prelazione fra i creditori.

§. 789. I. *In generale.*

Non bastando, per regola, la massa, all' intiero pagamento dei creditori, importa assai il determinare l' ordine col quale ciascun creditore deve venir soddisfatto. A parte i creditori rivendicanti, i separatisti, e i creditori della massa, quelli che prendono realmente parte al concorso debbono dividersi in cinque classi:

1. I creditori privilegiati, senza distinguere se hanno o non hanno diritto di pegno o d' ipoteca.
2. I creditori che vantano ipoteca privilegiata.
3. I creditori ipotecarj.
4. I creditori senza pegno o ipoteca ma assistiti da un *privilegium exigendi* contro i creditori chirografarj.
5. Infine, i creditori chirografarj e tutti gli altri. Il principio generale è:

Finchè la classe antecedente non è per intiero pagata, non può quella che succede aver nulla. La prelazione fra' creditori della stessa classe verrà indicata sotto ciascuna di esse.

§. 790. II. *Prima classe.*

Ai crediti interamente privilegiati appartengono:

1. Le spese funerarie del debitore (1).
2. Le spese d'ultima malattia.
3. I salarj delle persone di servizio.

§. 791. III. *Seconda classe.*

Dopo l'intiero pagamento dei creditori assolutamente privilegiati, succedono coloro che hanno un' ipoteca privilegiata. Gli uni godono di una ipoteca legale privilegiata, gli altri d'una ipoteca privilegiata convenzionale. Noi abbiamo già parlato della loro prelazione, e non ne resta che fare osservare che i creditori ipotecarj specialmente privilegiati non possono perseguitare il lor privilegio che in quanto la cosa loro ipotecata basti al lor pagamento.

§. 792. IV. *Terza classe.*

In terzo luogo succedono le semplici ipoteche, senza distinzione fra loro se siano legali o convenzionali, e in generale l'anteriore vince la posteriore.

§. 793. V. *Quarta classe.*

A questa classe appartengono i creditori chirografarj privilegiati, cioè a dire quelli che vantano sugli altri creditori chirografarj un *privilegium exigendi*. Per diritto romano, questo privilegio competeva a un gran numero di persone, in specie a quelle, che in seguito, ottenevano un'ipoteca privilegiata. Queste persone sono primieramente il fisco (2), il principe e la principessa (3), le città (4), la donna maritata e la fidanzata per la dote (5), le persone i di cui beni sono amministrati dal curatore, in quanto non hanno esse legale ipoteca su i beni di lui; così, i prodighi, gl' infermi e i mentecatti (6). Secondariamente colui che dato il danaro per la compra, costruzione o bonificamento d' un immobile, o che ha convertito in suo credito il prezzo d'acquisto, senza riservarsi la ipoteca sulla cosa (7). Quegli che, senza interesse ha depositato del danaro presso un banchiere *(argentarius)* (8).

§. 794. VI. *Quinta classe.*

Tutti i crediti dei quali non abbiamo fatto parola in nessuna delle classi precedenti, appartengono alla quinta, e si pagano *pro rata* dal resto della massa (9). È solo dopo l' intiero pagamento di tutti i crediti che il fisco è ammesso ad esser pagato delle ammende a causa di delitto commesso del debitore, e che i legatarj del debitore morto possono far valere i loro diritti (10).

(1) Fr. 14, §. 1; fr. 45, D. IX, 7.
(2) Fr. 10, pr. D. II, 14. - fr. 8, pr. D. XLIX, 14.
(3) Fr. 6, §. 1, D. XLIX, 14.
(4) Fr. 38, §. 1, D. XLII, 5.
(5) Fr. 17, §. 1, D. XLII, 5. - fr. 74, D. XXIII, 3. - Cost. un. C. VII, 74.
(6) Fr. 19-23, D. XLII, 5.
(7) Fr. 26, 34, D. XLII, 5.
(8) Fr. 7, §. 2, 3; fr. 8, D. XVI, 3. - fr. 24, §. 2, D. XLII, 5.
(9) Cost. 1, C. VII, 72.
(10) Cost. un. C. X, 7. - Cost. 15, C. VI, 37.

FINE.

INDICE DELLE MATERIE

QUARTO PERIODO

Da Alessandro Severo a Giustiniano.

SEZIONE TERZA

Delle vicende del diritto romano dopo Giustiniano.

I. *In Oriente.*

II. *In Occidente.*

SEZIONE QUARTA

Dell' introduzione del diritto romano in Alemagna e dell' uso che se ne fa al presente.

SEZIONE QUINTA

Collezioni dei Fonti del romano diritto — Del Corpus juris civilis; delle sue parti e sue differenti edizioni.

SEZIONE SESTA

Dei differenti modi d' insegnamento e della bibliografia del diritto romano.

ISTITUTE DEL DIRITTO ROMANO

PARTE GENERALE

SEZIONE PRIMA

§ Idee Generali di diritto presso i romani.

SEZIONE SECONDA

Delle Persone.

CAPITOLO PRIMO

Delle persone fisiche.

CAPITOLO SECONDO

Delle persone giuridiche.

SEZIONE TERZA

Delle cose.

SEZIONE QUARTA

Dei diritti, e loro persecuzione.

CAPITOLO PRIMO

Dei diritti in generale.

CAPITOLO SECONDO

Dei diritti particolari (**jura singularia**) *e dei privilegj.*

CAPITOLO TERZO

Del modo di perseguitare i diritti, ed in particolare, delle azioni ed eccezioni.

ISTITUTE DI DIRITTO ROMANO

PARTE SPECIALE

LIBRO PRIMO

DEI DIRITTI REALI.

CAPITOLO PRIMO

Del possesso.

TITOLO PRIMO

Del possesso in generale.

TITOLO SECONDO

Dell' interdetti e della denunzia della nuova opera.

CAPITOLO SECONDO

Della proprietà.

TITOLO PRIMO

Dell' idea e della natura della proprietà.

TITOLO SECONDO

Dell'acquisto della proprietà.

TITOLO TERZO

Dei diritti del proprietario.

TITOLO QUARTO

Come si perde la proprietà.

CAPITOLO TERZO

Della servitù.

Nozione e principj generali sulle servitù.

TITOLO SECONDO

Delle diverse specie di servitù.

LIBRO SECONDO

DELLE OBBLIGAZIONI.

SEZIONE PRIMA

Nozioni generali.

CAPITOLO PRIMO

Nozione e divisione delle obbligazioni in generale.

CAPITOLO SECONDO

Cessione delle obbligazioni.

CAPITOLO TERZO

Del danno e sua refezione.

SEZIONE SECONDA

Delle cause da cui derivano le obbligazioni.

CAPITOLO PRIMO

Obbligazioni nascenti dalle convenzioni.

TITOLO PRIMO

Dei contratti.

TITOLO SECONDO

Dei patti.

TITOLO TERZO

Delle transazioni.

TITOLO QUARTO

Convenzione di garanzia.

TITOLO QUINTO

Delle convenzioni proibite.

CAPITOLO SECONDO

Obbligazioni nascenti dal delitto.

CAPITOLO TERZO.

Obbligazioni derivanti da cause diverse.

TITOLO PRIMO

Obbligazioni nascenti da un quasi contratto.

TITOLO SECONDO

Delle obbligazioni nascenti dal quasi delitto.

TITOLO TERZO

Di altre diverse obbligazioni.

SEZIONE TERZA

Estinzione dell'obbligazioni.

CAPITOLO PRIMO

Senza restituzione.

Cause generali d'estinzione.

Cause particolari d'estinzione.

CAPITOLO SECONDO

Con restituzione.

LIBRO TERZO

DEI DIRITTI DI FAMIGLIA.

SEZIONE PRIMA

Del Matrimonio.

CAPITOLO PRIMO

Nozione e celebrazione del matrimonio.

CAPITOLO SECONDO

Effetti del matrimonio.

CAPITOLO TERZO

Scioglimento del matrimonio.

SEZIONE SECONDA

Della patria potestà.

CAPITOLO PRIMO

Del generale rapporto tra genitori e figli.

CAPITOLO SECONDO

Della patria potestà.

CAPITOLO TERZO

Conseguenze della patria potestà.

CAPITOLO QUARTO

Come si scioglie la patria potestà.

SEZIONE TERZA

Della tutela e della curatela.

CAPITOLO PRIMO

Della tutela.

CAPITOLO SECONDO

Della curatela.

CAPITOLO TERZO

Dell' amministrazione dei tutori e curatori.

LIBRO QUARTO

DIRITTI DI SUCCESSIONE

SEZIONE PRIMA

Nozioni preliminari generali.

SEZIONE SECONDA

Della delazione della successione.

CAPITOLO PRIMO

Ordine della successione ab intestato.

TITOLO PRIMO

Principj generali del diritto giustinianeo.

TITOLO SECONDO

Della successione ab intestato in particolare.

CAPITOLO SECONDO

Dell'ordine delle successioni testamentarie.

TITOLO PRIMO

Della capacità di testare.

TITOLO SECONDO

Della forma dei testamenti.

TITOLO TERZO

Dei contenuti dei testamenti.

TITOLO QUARTO

Invalidità dei testamenti.

SEZIONE TERZA

Dell' acquisto della successione.

CAPITOLO PRIMO

Dell'acquisto in generale.

CAPITOLO SECONDO

Effetti dell'acquisto d' una successione.

SEZIONE QUARTA

Dei legati e fidecommessi.

CAPITOLO PRIMO

Dei codicilli.

CAPITOLO SECONDO

Dei legati e fidecommessi singolari.

CAPITOLO TERZO

Delle successioni fidecommissarie.

CAPITOLO QUARTO

Della donazione a causa di morte.

LIBRO QUINTO

DEL CONCORSO DEI CREDITORI.

CAPITOLO PRIMO

Nozioni preliminari.

CAPITOLO SECONDO

Dell'apertura del concorso.

CAPITOLO TERZO

Effetti dell'apertura del concorso.

CAPITOLO QUARTO

Della massa.

CAPITOLO QUINTO

Dei creditori ammessi al concorso.

CAPITOLO SESTO

Della prelazione fra creditori.

INDICE ALFABETICO

proponevano dal Re o dal Senato.
sanzionavano dal Popolo nei comizii.
ari.
Tribuni.
lusivamente dai plebei nei comizii,
nto aveano allora forza di Legge.
co *Decemvirale* perchè compilata
getto.
roposte da un Magistrato Senatorio.
' comizii sanzionate dal popolo.

CENNI STORICO-CRONOLOGICI

DEI FONTI

DEL DIRITTO ROMANO.

ndo cessarono d'aver forza per i soli plebei, come per lo innanzi avveniva, e per un decre-
addivennero obbligatorii anco pei patrizii fino dall'an. 305.
e e sancite dal Senato esclusivamente, furono in principio obbligatorie pei soli patrizii :
Plebisciti, anco la plebe si assoggettò ai Senatoconsulti, e non si riserbò che il diritto del
da' suoi Tribuni.

dicate { Editti dei Magistrati.
Responsi de' GCsulti.

e guerre intestine, e fino a che Augusto non giunse ad usurpar per intiero alla plebe

, e si fecer più spessi a mano a mano che più rari si fecero i Plebisciti, e conserva-

nuovo ed abbondevole fonte di Dir. privato , fino da quando si fu consolidata l' il-

Cornelio Tribuno nell'an. 687, acquistaron maggior forza che non per lo avanti.

ve, che in tal epoca appunto crebbero a dismisura e per importanza e per numero, via

nominatamente autorevoli per un' Ordinanza Imperiale di Teodosio II (an. 420).
enerales — che erano quelle obbligatorie per tutti i cittadini.
ersonales — che eran le obbligatorie per alpersone soltanto . . . appartenevano a questa classe { i *Mandata* — che erano istruzioni pei Magistrati.
i *Decreta* — che eran decisioni su cause sottoposte al Consiglio degli Imperatori (Auditorium Principis).
i *Rescripta* — che eran risposte ai dubbii e alle suppliche dei sudditi.

ivata) { nel *Codice Gregoriano* che conteneva le Costituzioni emanate da Adriano fino a Costantino il Grande.
nel *Cod. Ermogeniano* che conteneva le Costit. di Diocleziano e Massimiliano.

nza di Principe) { nel *Codice Teodosiano* che contiene le Costit. Imperiali da Costantino il Grande fino a Teodosio II.
nel *Breviario d'Alarico* che contiene un estratto dei Codici Grego-

TAV. VI.

Parte Speciale

Lib. I. Cap. 3.° da c. 194 a c. 211.

o Romano }
- s. oneris ferendi
- s. ligni immittendi
- s. projiciendi — protegendi
- s. stillicidii vel fluminis recipiendi, seu avertendi, seu immittendi
- s. stillicidii vel fluminis non recipiendi
- s. altius non tollendi
- s. altius tollendi
- s. luminum et ne luminibus officiatur
- s. ne prospectui officiatur
- s. luminibus aut prospectui officiendi
- s. sterculinii
- s. cloacæ mittendæ
- s. fumi immittendi

tto Romano }
- s. itineris
- s. actus
- s. viæ
- s. navigandi
- s. pascui, et compascendi
- s. aquæ ducundæ
- s. aquæ hauriendæ
- s. pecoris ad aquam adpulsus
- s. aquæ educendæ
- s. cretæ eximendæ
- s. calcis coquendæ

dizione

cabile e temporario.

licarius.

i.

Tav. VII.

si estinguono

per cause particolari

pe
pe
pe
pe

quand

Tav. VIII.

Parte Speciale

Lib. I. Cap. 6.° da c. 216 a c. 234.

a' *suoi effetti* in { privilegiata . . . . . . { legale) convenzionale) non privilegiata)

a.
rum causa.
nem.
a.

sizioni arretrate.
del promittente.
beni dello sposo, per assicurare la restituzione della dote.
o della madre loro, per la gestione della loro tutela.
per assicurare i diritti che hanno su i lucra nuptiali.
a il loro patrimonio proveniente dalla madre, o ascendenti.
beni dei loro tutori o curatori ec.
lovo, o vedova, sotto condizione di non rimaritarsi, sui loro beni.
riorazioni cagionate all'enfiteusi.

itte le cose che l'inquilino porta nel fondo locatogli;
itti i frutti percetti dal fittaiuolo, dal giorno della percezione;
ostruire una casa, sulla fabbrica restaurata;
zo, ha comprata col danaro di essi;
'onerato.

stessa persona.

ncesso.

:eptum

per **dolo**

la chi restò paziente
no
la un terzo { *lecitamente* / *illecitamente*

per **colpa** { lata / leve / levissima

me (*casus mixtus*)

istrutta
's est).

per **mora**

che resulta { dal fatto del debitore (mora solvendi) { (mora ex r / (mora ex p sona) } / dal fatto del creditore (mora accipiendi) / dal fatto contemporaneo del debitore e del creditore.

che cessa { allorchè il debitore dichiara d'adempire all'obbligazione. / allorchè il creditore dichiara d'accettare le offerte del debitore. / allorchè l'obbligazione per qualsivoglia modo si estingue.

TAV. X.

Parte Speciale

Lib. III. Sez. I. e II.
— da c. 242 a c. 251., e da c. 301 a c. 312
— da c. 313 a c. 329.

{ il consenso di coloro che la pongono in essere. / l'intenzione espressa di novare (*animus novandi*). / la preesistenza d'una qualunque obbligazione. / una nuova obbligazione valida.

l subentrare d'un nuovo, invece dell'antico debitore { (*ex-promissio*). / (*delegatio*).
l subentrare d'un nuovo, invece dell'antico creditore — (*delegatio*).
manendo sempre lo stesso debitore e creditore.

otta dall'atto, o
leso.
. . . .
o mezzo legale.

fu concluso il
i mai (almeno per reg. gen.) contro il terzo possessore.

{ violenza. / timore. / dolo. / minoretà. / assenza. / errore. / diminuzione di capo. / alienazione posta in essere *judicii mutandi causa*. / (ed anco per altri motivi, tutta volta che l'equità lo richieda — *restit. ex clausula generali praetoris*).

che richiede

DIRITTI DI FAMIGL

nascenti

rescritto del Principe che approvi l'arrogazione.

P.A

che sia utile all'arrogato.
che segua col consenso de'più prossimi parenti, e de'tutori dell'impubere.
che l'arrogante dia cauzione per la restituzione de'beni che ha ricevuti dall'arrogato, per il caso che questi morisse nella impubertà.
che l'arrogante sia tenuto alla restituzione de'beni ricevuti dall'arrogato, e quelli acquistati poi, ed a lasciargli alla sua morte la *quarta Divi Pii* nel caso che volesse emanciparlo, o diseredarlo senza giusta causa.

ne sono incapaci

i castrati.
quelli che non superano almeno di 18 anni l'età dell'adottando.
le donne non autorizzate a ciò espressamente dal Sommo Imperante.
quelli che hanno di già figli legittimi (*per regola generale*).
il povero di fronte al ricco.
il tutore ed il curatore di fronte al pupillo, o curando, fino a tanto che non hanno resi i conti.

naltratti il figlio.

bbia accettato un legato lasciatogli a condizione che emancipi il figlio.

'impubere dato in arrogazione giunto alla pubertà chiede per giuste use la sua emancipazione.

emancipatio Anastasiana (che si effettua a favore del figlio assente, *mediante rescritto del Principe* dal quale è dichiarato *sui juris*).
emancipatio Justinianea (che ha luogo pei figli presenti e che s'effettua *davanti al Giudice competente* , innanzi al quale il padre depone la sua potestà, consenziente il figlio.

adre di lui.

al momento che gli viene offerta la tutela.
ı dal padre o dalla madre del pupillo.
).

ıntaria { perfetta)
{ imperfetta)

sce una diminuzione di capo.
ı, o di cittadinanza.
ıdizione a cui fu subordinata una tutela testamentaria.
i, passa a seconde nozze.

dalla
ıla. . .
chi ha 3 figli *vivi e legittimi* in Roma — 4 nell'Italia — 5 nelle Provinci
i settuagenarii.
gli assenti a cagione di pubblici affari, durante la loro assenza, od anco nel
l'anno dopo il loro ritorno.
gli alti dignitarii dello Stato.
i medici.
gli ecclesiastici.
i professori di scienze, o d'arti liberali.
gli amministratori dei beni del Principe, o del Fisco.
i non domiciliati nel luogo d'onde gli vien conferita la tutela.
chi fa parte d'una famiglia già onerata da tre tutele.
quegli che dal padre del pupillo, fu nominato tutore per odio.

ıe dal-
ıtela...
chi per malattia, o per indigenza si riduce impotente a durare in siffatta gestion
chi muta domicilio in forza di Rescritto Sovrano.
chi deve assentarsi per affari di Stato.
quei Giureconsulti che son chiamati a far parte del *Consilium Principis.*

TAV. XIV.

Parte Speciale

Lib. III. Sez. III. da c. 367 a c. 383.

i domanda al magistrato).

oniano .

ti a un' autorità,
presenza di cinque testimoni.

Appendice alla Tav. precede

il concorso di un { fideicommittens. fideicommissarius. fiduciarius.

{ la **testamentifactio activa nel fideicommittens.**
la **testamentifactio passiva nel fideicommissarius.**

— le stesse regole che governano i legati.

ita dal testatore.
lopo l'accettazione dell'eredità.

lebiti dell'eredità.
e il fidecommissario risenta alcun danno.
atore lo abbia permesso.
ti interessate vi acconsentano.

e che contiene il fidecommesso è, o divien nulla.
sario vi renunzia.
sario muore prima d'averne acquistato il diritto.
a la condizione da cui si è fatto dipendere il fidecommesso.
famiglia per la quale si è fondato, o quando questa famiglia consente unanim
ne od alienazione del fidecommesso.

eseguite vivente il testatore.
insinuate negli atti pubblici, eccedendo la somma di 500 solidi.
ro modo non vengon considerate che come legati, e fidecommessi, e con essi hanno comun
o i medesimi requisiti e formalità).

qualcuno una cosa a condizione di riprenderla scampando il pericolo.
speciale si dà una cosa su cui il donatario non può acquistar diritto che do

forma oggetto della donazione ad altra persona.

Creditori che la perseguono.

) — i Creditori *privilegiati*, senza distinguere se hanno non hanno, diritti di pegno o d' ipoteca . . . . . .

se) — i Creditori che *vantano ipoteca privilegiata*. .

IL CON(

sse) — i Creditori *ipotecarii* . . . .

sse) — i Creditori senza pegno o ipoteca, ma *assistiti* un *privilegium exigendi* contro i Creditori chirograii . . . .

se) — i Creditori *chirografarii* e qualunque altro editore *non compreso* nei gradi precedenti. . . . . . .

(finchè la classe antecedente non è per intiero pagata quella che immediatamente succede non può esiger nulla dalla massa).

le *donazioni* deferite al debitore innanzi l'apertura del concorso nco acquistate da lui.
necessarii al debitore ed alla sua famiglia.
el debitore.
l debitore.
possedute dal debitore, e che appartengono ad altri.